

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: 85,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 25,00 € (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 del Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 91 111 40 00

Fax: 91 111 42 60

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXVIII, FASCÍCULO II
Abril-junio, 2015

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2015

<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): 007-15-001-0
NIPO (M. de Justicia): 051-15-002-0
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

La protección del testador vulnerable

ANTONI VAQUER ALOY¹

Catedrático de Derecho Civil
Universitat de Lleida

RESUMEN

El progresivo envejecimiento de la población y el incremento del número de ancianos que viven solos, ingresados en residencias o atendidos por cuidadores, y en situación de vulnerabilidad, plantea la cuestión de la protección de su libertad de testar ante la posible captación de la voluntad. En este artículo, tras estudiar a efectos de comparación la doctrina de la undue influence del derecho norteamericano, se analizan los mecanismos de protección de que disponen los derechos civiles vigentes en España y cómo los aplica la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE

Derecho de sucesiones; testamento; testador vulnerable; vicios de la voluntad; captación.

ABSTRACT

The progressive ageing of the population and the increasing number of elderly vulnerable people living alone, in nursing homes, or cared by caregivers, raises the question of the protection of their freedom of testation. In this paper, after studying for comparative purposes the American doctrine of undue influence, the author analyses the protection mechanisms available in the civil laws in force in Spain and how case law applies them.

¹ Este trabajo se inscribe en las actividades del grupo de investigación consolidado de la Generalitat de Catalunya 2014SGR223.

KEYWORDS

Law of successions; will; vulnerable testator; vices of consent; undue influence

SUMARIO: 1. *El ejercicio de influencia sobre el causante que lesion a su libertad testamentaria*.—2. *La undue influence en el derecho norteamericano*: 2.1 Cuatro casos ilustrativos. 2.2 Elementos de la *undue influence* en Estados Unidos. 2.3 Crítica de la doctrina contemporánea.—3. *La undue influence en otras jurisdicciones de common law*.—4. *El testador vulnerable en los derechos civiles españoles*: 4.1 La capacidad para otorgar testamento. 4.2 El dolo. 4.3 La intimidación. 4.4. Los vicios formales del testamento. 4.5 La indignidad sucesoria. 4.6. La prohibición de suceder de los centros asistenciales y de los cuidadores profesionales: A) El derecho catalán. B) El derecho alemán. C) El derecho holandés. D) El derecho de California. 4.7 Estudio de la jurisprudencia española y valoración final.

1. EL EJERCICIO DE INFLUENCIA SOBRE EL CAUSANTE QUE LESIONA SU LIBERTAD TESTAMENTARIA

Uno de los problemas a que se enfrenta el derecho de sucesiones en la actualidad es la influencia ejercida sobre el causante vulnerable para captar su voluntad y lograr convertirse en beneficiario de la herencia. No es exactamente ninguno de los vicios de la voluntad que se contemplan en la mayoría de Códigos: no hay engaño, no hay intimidación, tampoco error ni violencia, sino la captación de la voluntad de manera más o menos sibilina hasta conseguir que forme y exprese una voluntad testamentaria favorable a quien ha ejercido esa influencia. Lo más parecido sería el *dolus bonus*, es decir, es decir, las atenciones, los mimos, las lisonjas, los especiales cuidados que una persona dispensa a otra para que la misma dirija a su favor la disposición patrimonial *mortis causa*, y que ya desde Domat² no ha merecido sanción civil alguna.

² Jean DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1735, p. 2, lib. 3, tit. 1, sect. 5, n.º 25. Esta línea de pensamiento la reafirmaron en el siglo XVIII Pothier (Robert-Joseph POTHIER, «Traité des testaments», en *Oeuvres de Pothier*, t. 7, Paris, 1825, p. 304: «ce n'est pas un fait de suggestion suffisant, que de mettre en fait que, lors de la confection du testament, celui, au profit duquel il a été fait, était présent; car suggérer, c'est importuner et solliciter vivement: la seule présence de cette personne lors de la confection du testament, n'est donc pas une suggestion, lorsqu'on ne met pas en tait qu'elle a sollicité le testateur à faire ces dispositions») y Furgole (Jean Baptiste FURGOLE, *Traité des testaments*, t. première, Paris 1777, p. 222, n.º 42: «persuader des choses justes, ou même persuader des choses qui ne sont défendues, & n'employer que des voies legitimes, comme de faire quelque liberalité par de bonnes considérations, & de motifs justes, seroit pas le cas

Tampoco en España, donde Rivas Martínez³ ha señalado que «los simples mimos o cariñosos cuidados de la instituida carecen de virtualidad suficiente para hacer anulable un testamento», ya que el dolo, sea por sugestión o por captación, debe ser causal; y De Lamo⁴ ha pretendido distinguir dolo y fraude según la vía utilizada para conseguir un mismo fin, de modo que «mientras que el dolo se definiría como toda maniobra consciente expresamente dirigida a orientar y sustituir la libre decisión del causante por la propia, el fraude se ofrece como un mecanismo dirigido a la vulneración de un derecho legítimo sin incidir en la decisión de su titular, ya sea éste un tercero (según el supuesto contemplado por el art. 673 CC), ya sea el propio causante (en lo referente al art. 674 CC)». A diferencia de este *dolus bonus*, la influencia sobre el causante que lesiona su libertad testamentaria produce un desenlace causal innegable al conllevar un testamento o una disposición testamentaria favorable a los intereses de quién capta la voluntad. El desenlace causal viene determinado por la vulnerabilidad del causante.

Para evaluar si un testador es vulnerable se han propuesto diversos test y criterios. Tal vez uno de los más exhaustivos es el estudio encabezado por C. Peisah⁵ que enumera una serie de factores a tomar en consideración: el entorno social del testador (si convive con alguien, si dispone de algún cuidador o de algún buen samaritano), sus circunstancias sociales (si permanece aislado o tiene contacto con familiares además de con quien conviva, si está padeciendo algún conflicto familiar, su grado de dependencia del cuida-

de la nullité par suggestion, on ne pourrait se plaindre de la disposition & l'attaquer, que dans le cas qu'on eût usé de dol, de fraude ou d'artifice, pour suspendre la volonté du testateur»; p. 223: «il est assez difficile qu'un juge équitable conçoive que la simple persuasion, sans être caractérisé de dol, de fraude ou d'artifice, suffise pour annuler une disposition». No se introdujo en el *Code* una norma al respecto; Philippe Antoine MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. première, Paris, 1812⁴, voz «*Ab irato*», pp. 23-24, y Frédéric MOURLON, *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon*, t. 2.^o, Paris, 1859⁵, pp. 263-264, relatan que el proyecto de *Code Civil* sí que preveía que «la loi n'admet pas la preuve que la disposition n'a été faite que par haine, colère, suggestion, ou captation», aplaudiendo su no inclusión final y arguyendo que los tribunales ya disponían de suficiente arbitrio para analizar las circunstancias concretas de cada supuesto. La posición de Domat, Pothier o Furgole se mantuvo en la doctrina del siglo XIX francesa; así, por ejemplo, Claude Étienne DELVINCOURT, *Cours de droit civil*, t. IV, Bruxelles, 1827, pp. 23 ss., Jean-Baptiste COIN DELISLE, *Commentaire analytique du Code Civil. Livre III, titre II. Donations et testaments*, Paris, 1841, art. 901, p. 85, o François-Antoine VAZEILLE, *Résumé et conférence des commentaires du Code Civil sur les successions, donations et testaments*, Clermont-Ferrand, 1837, p. 99.

³ Juan José RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común y foral*, vol. 1, Madrid, 2009, pp. 740-741.

⁴ Olga DE LAMO MERLINI, «Los vicios de la voluntad testamentaria: Apuntes para una interpretación del artículo 673 del Código Civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2007, p. 50.

⁵ C. PEISAH et al., «The wills of older people: risk factors for undue influence», 21 *International Psychogeriatrics*, 2009, pp. 7 ss.

dor), factores físicos (enfermedades, discapacidades sensoriales, problemas de comunicación, trastornos de la personalidad) y las circunstancias en que se ha otorgado el testamento en cuestión. Margaret Singer⁶, por su parte, enumeró los siguientes factores: el aislamiento del causante, ahuyentando las personas que solían visitarle, leyendo su correo, etc.; forjar la creencia en el causante que el mundo exterior está lleno de peligro y de maldades; fomentar el incremento de su percepción de la situación de dependencia en que se halla; aumentar su sensación de impotencia; provocación de miedos y temores procurando que el causante sea inconsciente de su verdadera situación, todo ello tratándole de situar en una posición similar a un síndrome de Estocolmo.

La importancia del tema resulta de la estadística de personas ancianas que viven solas y que están ingresadas en centros geriátricos. De acuerdo con los datos estadísticos del INE de 2011, más de 270.000 personas viven en residencias de personas mayores, un 68,6 por 100 de las cuales son mujeres⁷. En 2004, en España existían alrededor de 1,2 millones de personas de 65 y más años viviendo solas, y en esta situación se encontraban casi el 27 por 100 de los mayores de 84 años, es decir unos 169.000 ancianos, elevándose a 256.000 en la franja de 80 a 84 años⁸. Los datos de 2011 muestran el envejecimiento paulatino de la población, pues las personas octogenarias superan la cifra de 2,2 millones, siendo la mayoría mujeres (64,6 por 100)⁹. En 1.709.186 hogares españoles reside una persona sola de 65 años o más, lo que supone un 25,8 por 100 más que en 2001, y en tres de cada cuatro de estos hogares reside una mujer¹⁰. Las solicitudes de atención a la asistencia por personas dependientes mayores de 80 años suman a octubre de 2013 más de 860.000 personas¹¹, lo que implica que muchas de ellas están atendidas por un cuidador, sea un profesional o un familiar. A la vez, se estima que el 83 por 100 de los ancianos son propietarios de su vivienda¹², es decir, que la mayoría dispone de un patrimonio, aunque sea modesto. La soledad en la vejez, acompañada frecuentemente de dolencias más o menos severas, junto a la titularidad de un patrimonio, aunque sea solamente la vivienda y

⁶ Margaret SINGER, «Undue Influence and Written Documents: Psychological Aspects», 10 *Cultic Studies Journal*, 1993, pp. 19 ss.

⁷ <http://www.ine.es/prensa/np777.pdf>.

⁸ <http://www.ine.es/revistas/cifraine/0406.pdf>.

⁹ <http://www.ine.es/revistas/cifraine/0509.pdf>.

¹⁰ <http://www.ine.es/prensa/np824.pdf>.

¹¹ Fuente: IMSERSO (http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/im_079778.pdf).

¹² http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/presentacionencuestamayores_20.pdf.

algunos ahorros, pueden despertar la codicia de familiares, cuidadores u otras personas que conozcan o traten con la persona de manera que caigan en la tentación de intentar sugerirle para que teste a su favor. Se verá con los ejemplos jurisprudenciales que este es un fenómeno, por desgracia, no habitual en las sociedades occidentales, España incluida.

La ausencia de una norma expresa que contemple la influencia indebida sobre el testador aconseja, antes de decidir si estamos ante una laguna normativa de los ordenamientos jurídicos españoles que merece ser colmada legislativamente, recurrir al derecho comparado y tratar con detalle el sistema legal que con más intensidad ha afrontado el tema, y que es el derecho estadounidense. A continuación procede estudiar qué normas, que no son de vicios de la voluntad, tienen como finalidad proteger al testador de posibles injerencias en su voluntad testamentaria, y luego atender a los casos que la jurisprudencia ha resuelto que son susceptibles de ser subsumidos en el supuesto de hecho de influencia indebida o captación de la voluntad del causante. Ello conducirá, por último, a evaluar las respuestas que pueden ofrecer al problema nuestros derechos de sucesiones.

2. **LA *UNDUE INFLUENCE* EN EL DERECHO NORTE-AMERICANO**

2.1 CUATRO CASOS ILUSTRATIVOS

En 1988, Roger Jacobs entabló amistad con Rose Lakatosh, una anciana que vivía sola, salvo ocasionales visitas de su hermana. Durante los siguientes dos años, Jacobs visitó regularmente a Lakatosh una o dos veces por semana, la acompañaba en coche a sus citas y la ayudaba en sus quehaceres domésticos y encargos. De este modo, pronto Jacobs fue la única persona con la que mantenía contacto. Jacobs le sugirió que le otorgara poderes para poder ocuparse de sus asuntos, a lo que ella accedió. Asimismo otorgó un testamento, mediante un abogado primo segundo de Jacobs, en que dejaba a este la mayor parte de la herencia. Usando el poder, Jacobs se transfirió a él y a su novia, a quien no conocía Lakatosh, 128.000 dólares de la cuenta de esta. En 1990 Lakatosh estaba escuálida y vivía en la inmundicia, incapaz de pagar sus facturas, y finalmente

revocó el poder otorgado, pero no el testamento, no falleciendo hasta 1993. El testamento fue anulado por *undue influence*¹³.

En 1948, el multimillonario por herencia Robert Kaufmann se mudó de Washington a Nueva York para tener independencia y dedicarse a la pintura. Allí conoció a Walter Weiss, de 39 años, a quien contrató luego como asesor fiscal. Kaufmann compró en 1951 una mansión en Manhattan donde se instalaron él y Weiss, dedicándose este a atender la casa, a responder el teléfono y el correo, a procurarle médicos para sus diversas dolencias. En la amplia vida social de Kaufmann se presentaban como pareja mostrándose su amor. Weiss controlaba no solo el dinero sino también los devaneos de Kaufmann con otros hombres. Desde 1951 Kaufmann otorgó diversos testamentos en que progresivamente aumentaba la porción que correspondía a Weiss, el último en 1958; todos ellos iban acompañados de una carta en que Kaufmann expresaba su gratitud hacia Weiss. La familia de Kaufmann desaprobaba la relación, en particular por lo que al control de los negocios familiares se refería, en los que él no estaba interesado, ya que su pasión era el arte. A pesar de ello, Kaufmann concedió poderes preventivos a Weiss por si sufría algún tipo de incapacidad mental y le gratificó en vida con importantes donaciones. La sentencia entendió probado que Weiss animó Kaufmann a modificar su testamento, que fue preparado por un prestigioso despacho de Wall Street sin intervención directa de aquel más que buscando y presentando a un abogado. Impugnado el testamento por *undue influence* por los familiares de Kaufmann, el tribunal estimó la nulidad¹⁴.

Fred Strozzi heredó de su hermano Allie en 1987, cuando tenía 86 años, un rancho valorado en un millón de dólares. Strozzi sufría discapacidad física y mental, con una edad mental estimada de 15 o 16 años. El día siguiente al funeral de Allie, las vecinas Betty y Sissy, madre e hija, empezaron a visitarle regularmente. El sobrino de Strozzi, Dean, planteó su incapacitación, a lo que aquel se opuso, llegando finalmente a un acuerdo transaccional por el que Dean reconocía la capacidad de Fred Strozzi. En noviembre de 1987 Strozzi se lesionó en una caída, e inmediatamente Betty, su marido y Sissy se instalaron en una caravana cerca de su casa, y

¹³ *Estate of Lakatosh* (Pennsylvania, 1995). El caso está extensamente comentado en Carla SPIVACK, «Why the Testamentary Doctrine of Undue Influence Should Be Abolished», 58 *Kansas Law Review*, 2009-2010, pp. 246 ss., y Jesse DUKEMINIER, Robert H SITKOFF, James LINDGREN, *Wills, trusts, and estates*, Austin, 2009, pp. 182 ss.

¹⁴ *In re Will of Kaufmann* (Nueva York, 1964). Los hechos del caso se detallan en extenso en Ray D. MADOFF, «Unmasking Undue Influence», 81 *Minnesota Law Review*, 1997, pp. 592 ss.; Jeffrey G. SHERMAN, «Undue Influence and the Homosexual Testator», *University of Pittsburgh Law Review*, 1980-1981, pp. 239 ss.; DUKEMINIER/SITKOFF/LINDGREN, *Wills*, pp. 191 ss.

desde ese momento hasta su muerte de 1992 le cuidaron y realizaron todas las tareas domésticas. En 1988 Strozzi otorgó un testamento que revocaba el anterior en que nombraba heredero a un vecino y dejaba prácticamente todos sus bienes a Betty y Sissy. El testamento fue anulado a instancias de Dean por *undue influence*¹⁵.

Lois J. Frawley enviudó en 1972. En 1976 conoció en una gasolinera a Edward Eugene Gaines, quien entonces estaba casado aunque se divorció en 1978. Dos meses después de conocerse, Gaines –quien había contraído un total de siete matrimonios– se trasladó a casa de Frawley y se convirtieron en pareja de hecho, llegando a intercambiar votos ante un párroco en México. Convivieron hasta la muerte de Frawley en 1980 a causa de un tumor cerebral. La sentencia tiene por probado el carácter duro de Gaines, que solía ir armado, y episodios de riñas con la testadora. El testamento otorgado un año antes en que beneficiaba a Gaines y apartaba a sus hijos fue invalidado sobre la base de *undue influence*, ya que si bien se reconoció la capacidad para testar pese a su estado de salud, se entendió que su voluntad estaba dominada por Gaines; hay que destacar que ambos testaron a la vez con contenido idéntico¹⁶.

Albergo la esperanza que el lector considere, como yo, que los cuatro casos son sustancialmente distintos y que, probablemente, no todos ellos merecían la sentencia anuladora del testamento. Por ello, procede a continuación analizar los componentes de la *undue influence* que ha decantado la jurisprudencia norteamericana y la crítica que le ha formulado la doctrina.

2.2 ELEMENTOS DE LA *UNDUE INFLUENCE* EN ESTADOS UNIDOS

Hay *undue influence* cuando la libre voluntad del testador es alterada o suplantada por el acto de un tercero¹⁷, sin que medie ni engaño –*fraud*– ni violencia o amenazas –*duress*–, que constituyen vicios específicos de la voluntad testamentaria¹⁸. Su función originaria es proteger la autonomía y libertad de elección del testador, invalidando aquellos testamentos que no son fruto de su libérrima voluntad, sino que tal voluntad está dominada por quien ejerce la

¹⁵ *In Re Estate of Strozzi* (Nuevo México, 1995), consultable en <http://www.nmcompcomm.us/nmcases/NMCA/1995/1995-NMCA-099.pdf>.

¹⁶ *Gaines v Frawley* (Texas, 1987), consultable en http://www.leagle.com/decision/19871689739SW2d950_11585.

¹⁷ Ammon CHASE, «Judicial Undue Influence in Probate: A Tongue-in-Cheek Approach to Effectuating Testamentary Intent», consultable en http://works.bepress.com/ammon_chase/1.

¹⁸ MADOFF, «Unmasking Undue Influence», pp. 579-580.

influencia o sugestión, por lo que, en principio, el remedio va íntimamente ligado a la libertad de testar¹⁹.

Según Madoff, son cuatro los elementos que la jurisprudencia americana tiene en cuenta para determinar una posible *undue influence*: a) una relación de confianza entre el testador y quien pretendidamente ejerce la influencia; b) la persona de confianza ha intervenido de alguna manera en la preparación o la redacción del testamento; c) el testador era susceptible de *undue influence*, lo que supone atender a su edad y condiciones mentales y físicas; d) el causante realiza alguna atribución «no natural» a favor de la persona de confianza, de modo que cuanto más inesperable sea la atribución testamentaria efectuada más probabilidades de *undue influence*²⁰. Otros elementos que los jueces pueden tomar en consideración son si otras personas distintas de la persona presuntamente influenciadora prestaron asesoramiento al causante y el grado de control de los asuntos económicos y legales de este ejercido por el beneficiado en el testamento²¹. En definitiva, la *undue influence* conduce al otorgamiento de un testamento con un contenido distinto del que habría tenido de no haber existido la sugestión sobre el causante, y es en este aspecto que guarda una evidente semejanza con el dolo testamentario y la intimidación, aunque no se haya provocado el engaño ni ejercido violencia física y mental, pues ese control de la voluntad puede lograrse igualmente tanto mediante lisonjas como mediante la causación de un temor a desagradar a la persona beneficiada –por ejemplo, que se dejará de atenderle como se venía haciendo–²². La prueba de la *undue influence* es necesariamente indirecta o indiciaria, pues el testador ya no puede prestar su testimonio, y la jurisprudencia americana toma en consideración una pluralidad de criterios, como la relación de confianza existente entre la persona influenciada y la influenciadora –la mayoría son

¹⁹ Ronald J. SCALISE Jr., «Undue Influence and the Law of Wills: A Comparative Analysis», *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2008, pp. 54-55.

²⁰ MADOFF, «Unmasking Undue Influence», pp. 582 ss.; Lawrence A. FROLIK, «The Biological Roots of the Undue Influence Doctrine: What's Love Got to Do with It?», 57 *University of Pittsburgh Law Review*, 1996, pp. 850-851, y «The strange interplay of testamentary capacity and the doctrine of undue influence. Are we protecting older testators or overriding individual preferences?», 24 *International Journal of Law and Psychiatry*, 2001, pp. 258-260; SCALISE, «Undue Influence», pp. 56 ss.; Trent J. THORNLEY, «The Caring Influence: Beyond Autonomy as the Foundation of Undue Influence», 76 *Indiana Law Journal*, 1996, pp. 517 ss.; Jeffrey G. SHERMAN, «Can Religious Influence Ever Be “Undue” Influence?», 73 *Brooklyn Law Review*, 2008, pp. 617-618; Irene D. JOHNSON, «There's a Will, But No Way--Whatever Happened to the Doctrine of Testamentary Freedom and What Can (Should) We Do to Restore It?», 4 *Estate Planning and Community Property Law Journal*, 2011, pp. 113 ss.

²¹ LESLIE, «The Myth of Testamentary Freedom», pp. 244-245 y 247, nota 45.

²² MADOFF, «Unmasking Undue Influence», pp. 575-576; SPIVACK, «Why the Testamentary Doctrine», p. 263.

casos de amigos, vecinos o amantes en quienes los testadores han delegado buena parte de sus quehaceres cotidianos, más raramente la doctrina se aplica a familiares²³, la participación de algún modo del beneficiado en la preparación o el otorgamiento del testamento, las condiciones personales del testador –su edad, su estado físico, su dependencia– y el contenido del testamento, es decir, quién ha sido beneficiado y quién no lo ha sido, en particular, si supone un reparto de la riqueza «no natural» porque los beneficiados no pertenecen a la familia del testador sino que la parte del león es para quien ha influenciado o allegados suyos²⁴. Los comentarios al *Restatement (Third) of Property: Wills & Other Donative Transfers*, por su parte, subrayan la existencia de una presunción favorable a la *undue influence* cuando el causante era susceptible de ella, el beneficiado tuvo la oportunidad de ejercerla y se observa un resultado explicable por esta influencia²⁵, y se refieren a las circunstancias sospechosas en el otorgamiento del testamento que son síntomas de esa sugerencia indebida, como si el testamento se preparó con sigilo o supone un cambio radical con el testamento anterior sin que hayan ocurrido hechos que puedan explicar esa mutación²⁶.

La *undue influence* no presupone necesariamente la falta de capacidad natural del testador, pues entonces el testamento carecería ya de validez; basta con que sea susceptible de la captación de su voluntad²⁷, pero en la práctica es frecuente que se combinen la alegación de la influencia indebida y de la falta de capacidad natural del testador, ya sea para asegurar un resultado favorable a la impugnación del testamento al disponer de dos vías argumentales, ya sea para reforzar la impresión de la debilidad del causante ante la sugerencia empleada, con la idea de que a menor capacidad de obrar mayor susceptibilidad de ser influenciada la persona²⁸.

²³ No son, por ejemplo, escasas las sentencias que afectan a abogados, señalan DUKEMINIER/SITKOFF/LINDGREN, *Wills*, pp. 186-190 y 198 ss.

²⁴ MADOFF, «Unmasking Undue Influence», pp. 583 ss.; SHERMAN, «Can Religious Influence», p. 619.

²⁵ *Restatement (Third) of Property: Wills & other Donative Transfers*, St Paul, Mn, 2003, § 8.3, comentario e), p. 158.

²⁶ *Id.*, comentario h), p. 161. Véase, también, John C.P. GOLDBERG, Robert H. SITKOFF, «Torts and Estates: Remedyng Wrongful Interference with Inheritance», 65 *Stanford Law Review*, 2013, pp. 345 ss.

²⁷ Robert H. SITKOFF, «Trusts and Estates: Implementing Freedom of Disposition», 58 *St. Louis University Law Journal*, vol. 58, 2014, p. 649: «The line between indelicate but lawful persuasion on the one hand, and undue influence and duress on the other, can be difficult to assess in posthumous litigation. Distinguishing between the peculiarities of old age and true mental infirmity can be equally vexing. Judges and juries may be tempted to find undue influence or incapacity if the testator's dispositions seem unfair or unnatural».

²⁸ SHERMAN, «Can Religious Influence», p. 619; FROLIK, «The strange interplay», especialmente pp. 263 ss., y «The Biological Roots», pp. 844-845; Kenneth I. SCHULMAN, Carole A. COHEN, Felice C. KIRSH, Ian M. HULL, Pamela R. CHAMPINE, «Assessment of

2.3 CRÍTICA DE LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA

La doctrina viene criticando la aplicación judicial de la *undue influence* de forma casi monolítica, porque en vez de servir de arma protectora de la libertad de testar, no infrecuentemente acaba desembocando en un ataque frontal contra ella. Madoff²⁹ considera que supone denegar la libertad de testar a quienes se apartan de las normas judicialmente asentadas de reparto de la riqueza a la muerte, en particular la norma no escrita de que los bienes deben ir a parar a los familiares. Esta es la crítica más común en un sistema en que no hay legítimas para los hijos: el testador que se aparta de los cánones de la atribución de su herencia a sus descendientes o, en su defecto, a los parientes más cercanos, corre el riesgo de ver impugnado el testamento y, en la eventualidad de que triunfe la impugnación, la herencia se reparte intestada igualitariamente con lo que su planificación *mortis causa* simplemente se esfuma. Scalise señala que es una ironía que el estándar del carácter natural de la ordenación de la sucesión sea su acomodación a las reglas de la sucesión intestada que son precisamente las que quiso evitar que se aplicaran quien otorgó testamento³⁰, llegándose incluso a cuestionar la oportunidad de testar a favor de quien no es destinatario natural de la herencia por la alta probabilidad de que el testamento acabe por ser ineficaz³¹. La vaguedad³² de los elementos de la *undue influence* permite decisiones ideológicas de los tribunales³³, que siempre son proclives a favorecer a la familia clásica³⁴

Testamentary Capacity and Vulnerability to Undue Influence», *American Journal of Psychiatry*, mayo 2007, pp. 722 ss.

²⁹ MADOFF, «Unmasking Undue Influence», p. 576.

³⁰ SCALISE, «Undue Influence», p. 58.

³¹ JOHNSON, «There is a Will», p. 117.

³² O borroso («fuzzy») y nebuloso, en palabras de John C.P. GOLDBERG, Robert. H. SITKOFF, «Torts and Estates: Remedyng Wrongful Interference with Inheritance», 65 *Stanford Law Review*, 2013, p. 344.

³³ SPIVACK, «Why the Testamentary Doctrine of Undue Influence», pp. 276-277

³⁴ Frances H. FOSTER, «The Family Paradigm of Inheritance Law», 80 *North Carolina Law Review*, 2001, p. 210: «in practice, judges and juries manipulate mental capacity doctrines such as “undue influence” and “insane delusion” to reach results more in accord with the family paradigm»; LESLIE, «The Myth of Testamentary Freedom», p. 236 («courts impose and enforce this moral duty to family through the covert manipulation of doctrine [of undue influence]») y pp. 243 ss. bajo la rúbrica «manipulation of doctrine to ensure family preference»; E. Gary SPITKO, «Gone But Not Conforming: Protecting the Abhorrent Testator from Majoritarian Cultural Norms Through Minority-Culture Arbitration», 49 *Case Western Reserve Law Review*, 1999, p. 280: «the very standards aimed at ensuring testamentary freedom risk the testamentary freedom of a nontraditional testator who willingly executes an estate plan that fails to conform to societal norms, namely those preferring the legal spouse and close blood relations to all other potential beneficiaries»; FROLIK, «Biological Roots», pp. 843-844: «In recognition of the nearly universal desire to favor descendants, and in particular, children, the law has created the doctrine of undue influence to overturn gifts to non lineal descendants, second spouses, lovers, friends, loyal house-

frente a otro tipo de relaciones afectivas³⁵, ya sean fuera de la familia convencional o interraciales³⁶.

3. LA *UNDUE INFLUENCE* EN OTRAS JURISDICCIONES DE COMMON LAW

La doctrina de la *undue influence* se originó, como es lógico, en Inglaterra, desde donde se expandió por las colonias inglesas, aunque en ningún otro lugar ha alcanzado los resultados estadounidenses que se acaban de presentar sucintamente. Puesto que García Rubio³⁷ lo ha tratado con detalle, basta aquí con apuntar con Kerridge que el derecho inglés no ha conseguido tejer un sistema que verdaderamente proteja a los testadores vulnerables, entendiendo por tales a las personas ancianas de salud frágil solteras o viudas, sin hijos y sin contacto regular con sus familiares³⁸. La *undue influence* procede de los tribunales de equidad, que no resolvían aplicando estrictamente la ley, lo que se señala

keepers, and the like, and, relying on intestacy laws, direct the inheritance to the testator's descendants (...) the doctrine's continued application reflects its alignment with some of society's most deeply held values about obligations, family, property, and inheritance. These values, in turn, issue forth from our psychological natures which derive from our common genetic heritage»; GOLDBERG/SITKOFF, «*Torts and Estates*», p. 246: «Safeguarding freedom of disposition requires the court to invalidate a disposition that was not volitional because it was procured by undue influence. But openness to circumstantial evidence facilitates the bringing of strike suits by disgruntled family members whom the decedent truly meant to exclude. Moreover, the plasticity and vagueness of the undue influence concept allow judges and juries leeway to rewrite the decedent's estate plan in accordance with their own views of fairness and morality».

³⁵ Joseph W. DE FURIA Jr, «Testamentary Gifts Resulting from Meretricious Relationships: Undue Influence or Natural Beneficence?», 64 *Notre Dame Law Review*, 1989, pp. 200 ss.

³⁶ Susanna L. BLUMENTHAL, «The Deviance of the Will: Policing the Bounds of Testamentary Freedom in Nineteenth-Century America», 119 *Harvard Law Review*, 2006, pp. 960 ss.; Bernie D. JONES, ««Righteous Fathers,» «Vulnerable Old Men,» and «Degraded Creatures»: Southern Justices on Miscegenation in the Antebellum Will Contest», 40 *Tulsa Law Review*, 2005, p. 699; y Kevin NOBLE MAILLARD, «The Color of Testamentary Freedom», 62 *Southern Methodist University Law Review*, 2009, pp. 1783 ss., que analizan la suerte de los testamentos en que blancos instituían a sus esclavas negras o a la descendencia nacida de relaciones sexuales con las esclavas en los Estados Unidos del siglo XIX, en que la *undue influence* constituyó uno de los motivos habituales de impugnación.

³⁷ María Paz GARCÍA RUBIO, «La protección de la voluntad del testador vulnerable en Derecho inglés», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, Cizur Menor, 2014, pp. 1499 ss.

³⁸ Roger KERRIDGE, «Wills Made in Suspicious Circumstances: The Problem of the Vulnerable Testator», 59 *Cambridge Law Journal*, 2000, p. 310. En la p. 315 aporta la noticia periodística de una mujer especializada en conseguir que testadores viudos ancianos otorgaran testamentos ológrafo a favor de su hija. Hay que advertir una diferencia con el derecho norteamericano: si el testamento se anula por razón de falta de capacidad, se abre la sucesión intestada, pero si la causa de nulidad es el dolo o, eventualmente, la *undue influence*, la herencia se defiere en *constructive trust* a favor de quien realmente pretendía beneficiar el causante (p. 330), lo que provoca mayores dificultades en el triunfo de la

que constituye el origen de la actual porosidad de la doctrina en los Estados Unidos, en casos en que testadores «débiles» otorgaban testamentos en que no se favorecía a los parientes más allegados³⁹. Ninguno de los diversos tribunales competentes en materias sucesorias se mostró capaz de deslindar la *undue influence* del dolo o de la intimidación entrado el siglo XIX. Solo lentamente fue asentándose la idea, aun sin la necesaria delimitación con aquellos vicios de la voluntad, de que lo esencial radica en el otorgamiento de un testamento en que alguien ha conseguido que se exprese una voluntad que no es la real del testador⁴⁰. Por su parte, los tribunales de *probate (common law)* aplicaban unos requerimientos mucho más severos que ocasionaban que solo raramente la impugnación fuera exitosa al exigirse una prueba directa de *coercion* y no considerar suficiente la simple oportunidad de influir en el testador⁴¹. Pese a la fusión más adelante de los tribunales de *common law* y de *equity*, no se han notado cambios en la jurisprudencia⁴² y en Inglaterra la *undue influence* no ha alcanzado el hiperdesarrollo norteamericano, al haberse trazado unos requisitos de prueba más estrictos⁴³, habiéndose circunscrito especialmente a casos en que ha existido un abuso de con-

acción, en contraste con el otro lado del Atlántico, pues en los Estados Unidos los jueces son más proclives a estimarla.

³⁹ SPIVACK, «Why the Testimentary Doctrine of Undue Influence», pp. 250 ss. La autora reporta algunos casos de testadores que prefirieron sus amantes, incluso aunque planearan casarse con ellas, a sus hijos.

⁴⁰ Por ejemplo, *Wingrove v. Wingrove* (1885): «To be undue influence in the eyes of the law there must be –to sum it up in a word– coercion. It must not be a case in which a person has been induced by means such as I have suggested to you to come to a conclusion that he or she make a will in a particular person's favour, because if the testator has only been persuaded or induced by considerations which you may condemn, really and truly to intend to give his property to another, though you may disapprove of the act, yet it is strictly legitimate in the sense of its being legal. It is only when the will of the person who becomes a testator is coerced in to doing that which he or she does not desire to do that it is undue influence. The coercion may of course be of different kinds, it may be in the grossest form, such as actual confinement or violence, or a person in the last days or hours of life may have become so weak and feeble, that a very little pressure will be sufficient to bring about the desired result, and it may even be that the mere talking to him at that stage of illness and pressing something upon him may so fatigued the brain, that the sick person may be induced, for quietness' sake, to do anything. This would equally be coercion, though not actual violence (citado por SPIVACK, «Why the Testimentary Doctrine of Undue Influence», p. 260; el fragmento puede encontrarse también en <http://swarb.co.uk/wingrove-v-wingrove-1885/>).

⁴¹ Pauline RIDGE, «Equitable Undue Influence and Wills», 120 *Law Quarterly Review*, 2004, p. 621; Fiona R. BURNS, «Reforming Testimentary Undue Influence in Canadian and English Law», 29 *Dalhousie Law Journal*, 2006, pp. 457-458.

⁴² Roger KERRIDGE, *Parry and Clark The Law of Succession*, London, 2002¹¹, 5-30, p. 78.

⁴³ Fiona R. BURNS, «Elders and Testimentary Undue Influence in Australia», 28 *University of New South Wales Law Journal*, 2005, pp. 148-149; SCALISE, «Undue Influence», pp. 50-51.

fianza, como cuando el beneficiado por el testamento era el asesor legal del testador⁴⁴.

Los tribunales de las Provincias de *common law* de Canadá se han adherido esencialmente a la concepción estricta de la *undue influence* propia de la jurisprudencia inglesa, exigiendo una prueba cumplida de *coercion* y solo ampliando algo el espectro si se dan «circunstancias sospechosas» de que ha podido sugerirse al testador⁴⁵. Un ejemplo de este distinto enfoque en comparación con los vecinos de sur estadounidenses lo proporciona el caso *Vout v Hay* (1995) en que el Tribunal Supremo casa la sentencia en apelación del tribunal de Ontario⁴⁶. Clarence Hay era un granjero soltero que a los 78 años revocó su testamento, en que repartía la herencia entre su hermano y sobrinos, otorgando uno nuevo en que el grueso de la herencia pasaba a Sandra Vout, una chica de 24 años que le ayudaba en la granja y con quien no consta que mantuviera relaciones sexuales. El testamento fue preparado por las secretarías del abogado que gestionaba los asuntos de los padres de Vout. Hay murió asesinado tres años más tarde por un hombre que confesó el crimen sin involucrar a Vout. El Tribunal Supremo no consideró la concurrencia de *undue influence* y dio por válido el testamento.

Por lo que a Australia se refiere, durante el siglo XIX los tribunales eran mucho más flexibles en el análisis de las circunstancias de cada caso, sin que fuera imprescindible la prueba de la *coercion* si de los demás elementos se desprendía la debilidad de la voluntad del testador y su influenciabilidad. Progresivamente, sin embargo, se fue adoptando el criterio inglés más restrictivo, lo que llevó a que la *undue influence* dejara de ser alegada como único motivo de impugnación de la validez del testamento, soliendo ir acompañando la objeción a la capacidad testamentaria. De ahí que se proponga en la doctrina una reformulación de la doctrina con el fin de adecuarla a una sociedad con una población más envejecida⁴⁷.

⁴⁴ *Wintle v. Nye* (1959), que comenta extensamente Kerridge, «Wills Made in Suspicious Circumstances», pp. 315 ss., constituye un buen ejemplo. Se trataba del testamento otorgado por una señora soltera y rica a favor de su abogado, preparado por este y en el que actuaron como testigos empleados suyos, en que solo dejaba una muy modesta pensión periódica a su hermana y a su prima, con quien había convivido largos años. El testamento fue anulado a instancias del hermano de la prima, en el que fue el primer caso de anulación de un testamento en un proceso dirigido por quien no era letrado, el teniente coronel retirado Alfred Wintle.

⁴⁵ BURNS, «Reforming Testamentary Undue Influence in Canadian and English Law», pp. 460 ss.

⁴⁶ <http://scc-csc.lexum.com/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1273/index.do>.

⁴⁷ BURNS, «Elders and Testamentary Undue Influence in Australia», *passim*.

4. EL TESTADOR VULNERABLE EN LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES

Doña Matilde, soltera y sin hijos, murió en Lleida el año 2010 a los 87 años. Entre 1958 y 1979 había vivido en París donde trabajaba como asistenta doméstica, volviendo en vacaciones de verano y navidad para pasar unos días con su familia. Una vez jubilada, se instaló definitivamente en la ciudad de Lleida en la que había sido vivienda de la familia, un inmueble en mal estado y objeto de especulación inmobiliaria, donde vivía sola con síntomas, según el relato fáctico de la sentencia, encuadrables dentro del síndrome de Diógenes. En noviembre de 2004 otorgó testamento notarial a favor del abogado con quien mantenía una relación profesional desde 1995 y que era prácticamente la única persona con quien se relacionaba. La sentencia del juzgado de primera instancia núm. 5 de Lleida de 21 de noviembre de 2011 declaró la nulidad del testamento por falta de capacidad testamentaria sobre la base de la enfermedad psíquica (Alzheimer y trastorno delirante paranoide) que sufría, sentencia confirmada por la SAP Lleida de 4 de abril de 2013⁴⁸.

Este caso se hubiera resuelto en el derecho norteamericano, e incluso en el derecho inglés, aplicando la doctrina de la *undue influence*, por la relación de confianza existente entre abogado y cliente. Ninguno de los derechos civiles españoles recoge una figura similar. Esto no significa, sin embargo, que el testador vulnerable quede completamente desprotegido ante la posible captación de su voluntad por parte de personas que desean obtener alguna atribución *mortis causa*. Antes al contrario, existen una multiplicidad de expedientes que, funcionalmente, pueden desempeñar un papel similar⁴⁹.

4.1 LA CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO

Los ordenamientos civiles españoles exigen para otorgar válidamente testamento que el causante se halle en el goce de sus facultades mentales, es decir, que tenga capacidad natural en el preciso momento de testar (art. 663.2.º CC, 421-4 CCCat, 408 CFA, ley 184 FN). La falta de capacidad natural determina la nul-

⁴⁸ Roj: SAP L 264/2013.

⁴⁹ SCALISE, «*Undue Influence*», pp. 60 ss., realiza precisamente un esfuerzo por señalar las similitudes funcionales entre la *undue influence* norteamericana y otras figuras propias de los derechos civiles continentales.

dad del testamento, y esta es la primera vía que pueden tomar los jueces y tribunales ante la captación de la voluntad del testador vulnerable. La sentencia con que se inicia este epígrafe constituye un ejemplo, pero pueden citarse otros. Por ejemplo, en la STSJ Cataluña de 1 de julio de 1999⁵⁰, la testadora, mientras estaba ingresada en el hospital, testó a favor de una sobrina con sustitución vulgar a favor de su descendencia. El tribunal consideró nulo el testamento sobre la base de la enfermedad mental –Alzheimer– que le impedía gobernarse por sí misma, sin tener que hacer referencia incisiva a la intervención de la sobrina en el otorgamiento del testamento. Por su parte, la STS de 5 de noviembre de 2009⁵¹ declara nulo por falta de capacidad de la testadora un testamento notarial en que se alegó la captación de la voluntad de la testadora por uno de sus hijos, recordando que «[e]l Notario debe apreciar la capacidad del testador, pero este no es un juicio definitivo, puesto que la jurisprudencia de esta Sala ha venido manteniendo la posibilidad de destruir la presunción de capacidad que se deriva de las afirmaciones notariales, porque se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario». Y en la SAP Burgos de 21 de diciembre de 2006⁵² la testadora otorgó testamento ológrafo en la habitación del hospital en que se hallaba ingresada en presencia de varias personas, entre las que se contaba el principal beneficiario en el testamento, que la sentencia anula por falta de «cabal juicio»⁵³. Es cierto que existe una presunción de capacidad natural del testador y que esta presunción es especialmente reforzada cuando el testamento es notarial, pero no es menos cierto que cuando se proporciona prueba suficiente nuestros tribunales no vacilan en declarar la nulidad del testamento⁵⁴. El testador vulnerable no es necesariamente una persona carente de capacidad natural para testar⁵⁵, pero sí que su voluntad expresada, por la influencia recibi-

⁵⁰ RJ 2000/8030.

⁵¹ RJ 2010/84.

⁵² AC 2007/326.

⁵³ Razona así la sentencia: «Del análisis de la actividad probatoria obrante en la causa, y tanto por las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en el momento del otorgamiento, como por la naturaleza de la relación con el beneficiario, como por el contenido del propio testamento, se considera que la causante no se encontraba en su “cabal juicio”, a los efectos de poder comprender la importancia y las consecuencias de sus propias acciones y que la permitiera decidirse libremente sobre sus propias determinaciones con la adecuada capacidad natural de entender y querer y de expresar su voluntad libre y conscientemente, ajustada al propio querer, y entender interno sin intermediación e influencias externas, y con la adecuada normalidad de conciencia que le permitiese comprender la importancia y consecuencias de las propias acciones y decidir libremente».

⁵⁴ Por citar solo dos ejemplos recientes, STS 26 de abril de 2008, RJ 2680, o STSJ Cataluña de 17 de octubre de 2011, RJ 2012/2240.

⁵⁵ Lo reconoció ya la STS 30 de junio de 1944, RJ 948: «Que para llegar a declaración de nulidad del testamento de que se trata, no se funda el fallo recurrido en la falta de capacidad del otorgante, pues si bien afirma en el tercero de sus considerandos que tal

da, no es espontánea y completamente propia, por lo que la vía de la nulidad del testamento por falta de capacidad testamentaria si no es técnicamente la más precisa, sí que permite lograr el resultado deseado de proteger la libertad de testar privando de eficacia al testamento o a sus cláusulas que no son fiel reflejo de la verdadera intención del causante⁵⁶. Se ha visto ya cómo también en las jurisdicciones de *common law* la *undue influence* se fusiona las más de las veces con la alegación de la falta de capacidad para testar⁵⁷, por lo que por esta vía pueden resolverse los casos en los que exista convicción de la ausencia de condiciones volitivas para otorgar el testamento.

4.2 EL DOLO

El dolo supone un engaño y, por tanto, podría argumentarse que no cubre todos los supuestos de captación de la voluntad por sugerición, al tratarse de un mero *dolus bonus*. Este enfoque debe ser rechazado y en la jurisprudencia se encuentra alguna muestra de cómo cabe proceder. Así, aunque no tiene como objeto materia sucesoria sino una donación, el dolo como vicio invalidante de la voluntad ha sido aplicado recientemente a los actos de disposición lucrativos. Se trata de la STS de 28 de septiembre de 2011⁵⁸, que declara la nulidad de una donación por dolo del donatario, hijo de la donante, quien habría preparado el otorgamiento de una escritura de donación de varios inmuebles a él y a los nietos de la donante, cuando su madre estaba dispuesta a la donación de un único inmueble, poniendo el énfasis en la relación de dependencia emocional de la donante con su hijo, y concluyendo que es necesario que «el consentimiento del donante sea meditado y reflexivo y no prestado, como ocurrió en el caso, bajo un estado emocional provocado por

capacidad estaba alterada, deprimida, notoriamente disminuida a causa de una extrema debilidad y sufrimientos físicos y morales que privaban al testador de aptitud para rechazar imposiciones, no sienta dicho considerando, ni ningún otro de la sentencia, la afirmación de que en el momento de otorgar el acto de última voluntad fuese don Joaquín de S. incapaz para testar».

⁵⁶ Así lo ha entendido SPIVACK, «Why the Testimentary Doctrine of Undue Influence», pp. 291-292: «Turning to the goals of undue influence, a properly administered capacity test can efficiently protect the elderly from exploitation».

⁵⁷ Tomando inspiración del derecho holandés [art. 4:55(2) Código civil] y del derecho inglés (Court of Protection Rules 2007), el autor sudafricano J.C. SONNEKUS, «Freedom of Testation and the Ageing Testator», en K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN (ed.), *Exploring the Law of Succession*, Edinburgh, 2007, pp. 95 ss., propone para las personas ancianas el otorgamiento de testamento con la intervención de la autoridad judicial, con la finalidad de tratar de frenar los intentos de captación de la voluntad del causante.

⁵⁸ RJ 6586.

la situación deliberadamente creada por el demandado para arrancar dicho consentimiento de forma irreflexiva». Es evidente que la misma *ratio* puede aplicarse a los testamentos, teniendo en cuenta que el dolo figura entre los vicios de la voluntad testamentaria (art. 673 CC –«dolo o fraude»–, 422-1.1 (testamento) y 422-2.1 (disposiciones testamentarias) CCCat –«engaño»–, 424.2 CFA –«engaño»–).

Otro caso que pone de evidencia los caracteres básicos de la vulnerabilidad es la SAP Pontevedra de 2 de diciembre de 2013⁵⁹. En el supuesto se declara la nulidad del testamento por ausencia de capacidad de obrar y de diversas donaciones por dolo. La donante y causante tenía 90 años al tiempo de otorgar la donación y había sido aislada por el donatario, quien se ocupaba de todos sus asuntos habiendo prescindido de los servicios de los cuidadores que aquella tenía. Se añade como factor relevante el otorgamiento de la donación en una notaría de una localidad distinta a la de su residencia.

Luego, en el apartado 4.7, se toman en consideración otras sentencias en que se ha alegado el dolo testamentario, para ver con una perspectiva más amplia cómo la jurisprudencia española valora ciertas conductas urdidas para captar la voluntad del testador.

4.3 LA INTIMIDACIÓN

Son escasísimas las sentencias que han anulado un testamento con base en este vicio de la voluntad. Una que ha hecho uso en particular de la opción de la intimidación es la STSJ Cataluña de 8 de abril de 2010⁶⁰. En el supuesto, la testadora, de edad avanzada y salud frágil, testó a favor de la hija con quien convivía, alterando su anterior testamento, que había otorgado sin que lo supiera esta hija retomando la orientación de un testamento previo a la convivencia con ella. Argumenta la sentencia que «cabe presumir fundada y razonablemente que si la Sra. Vidal había obligado a su nonagenaria madre, que siempre había mantenido la misma línea de sucesión, a cambiar un testamento en el año 2000, como ella misma se había encargado de explicar en vida a sus allegados y el cual, no obstante el control al que estaba sometida, logró volver a cambiar en el año 2001, mostrándose satisfecha con dicho cambio, el nuevo testamento tuvo el mismo origen, –la presión ejercida por la hija beneficiada– ya que ninguna circunstancia distinta se había produ-

⁵⁹ Roj: SAP PO 2871/2013.

⁶⁰ RJ 2010\3617.

cido –ni se intentó explicar siquiera por las demandadas– que motivasen el cambio de la que siempre había sido su voluntad, lo que viene corroborado por las anómalas circunstancias en que se produjo el otorgamiento del nuevo testamento en la clínica Platón en marzo del 2002, con discusiones previas entre madre e hija y el aislamiento al que, una vez otorgado éste, estuvo sometida la causante por su hija y su nieta», más aun cuando se estima probado que se apartó «a la causante de su entorno y sometiéndola a una estrecha vigilancia que incluía escuchas detrás de la puerta y obligación de la cuidadora de explicar el contenido de las conversaciones que tenía con la viuda de su hijo, madre de los actores, cuando iba a visitarla hasta el momento en que se impidieron incluso dichas visitas». De este modo, se observa cómo un supuesto de la captación de la voluntad de la causante puede reconducirse, por las peculiaridades del supuesto –la violencia moral y la presión, más que la sugestión, de acuerdo con los hechos probados, parece evidente– por el cauce de la nulidad por intimidación. Otro tanto sucedió con la causante en la SAP Guipúzcoa de 10 de septiembre de 2002⁶¹, en que se tuvo por probado que, desde que se trasladó a vivir con su hija y yerno, estos «la despreciaban e insultaban, teniendo un miedo permanente de que la pegaran». Y parece oportuno recordar que la intimidación no tiene necesariamente que provenir de la persona beneficiada por la disposición testamentaria para que sea determinante de la nulidad.

4.4 LOS VICIOS FORMALES DEL TESTAMENTO

Otra solución que en ocasiones ha propugnado la jurisprudencia ante testamentos otorgados por personas vulnerables ha consistido en apurar la exigencia de requisitos formales del testamento para, una vez entendido que no se cumplían, decretar la nulidad del testamento por infracción de formalidades, que es causa de nulidad en los artículos 687 CC, 422-1.1 CCCat, 423.1.a) y b) CFA y ley 206 FN.

La primera sentencia que cabe traer a colación es la STSJ Cataluña 7 de enero de 1993⁶², que deniega la protocolización de un pretendido testamento ológrafo, firmado por la causante y dos testigos y datado, en atención a la cantidad de palabras añadidas y tachadas y a la envergadura de los párrafos enterrrenglonados. Arguye el tribunal que «[e]l documento del folio 217, por su carác-

⁶¹ JUR 2003/95188.

⁶² RJ 2844.

ter fragmentario, por el cúmulo de tachaduras y enmiendas que presenta a pesar de su brevedad y por otras circunstancias extrínsecas que analizan las sentencias de instancia más parece un simple borrador o esbozo que una verdadera y definitiva disposición de última voluntad; a pesar de que aparezca firmado y con una fecha «estampada en diferente momento escritural que el resto del texto», según palabras textuales de los peritos». Por ello, «[l]a sentencia recurrida no infringe la doctrina jurisprudencial sucintamente expuesta en el fundamento jurídico precedente, pues las tachaduras, enmiendas, enterrrenglonados y añadidos que presenta el manuscrito y que no han sido salvadas son de tal extensión e importancia que lo invalidan como testamento ológrafo». Siendo esto cierto, la clave, a mi entender, es que el pretendido testamento ológrafo lo había otorgado una causante de edad avanzada siendo el principal beneficiado la persona que la sentencia denomina «hombre de confianza» de la testadora.

La segunda sentencia que conviene referenciar es la STS de 10 de junio de 2005⁶³. El testador, de 88 años de edad y afectado por una patología grave, como consecuencia de la cual falleció pocos días más tarde, testó en forma de testamento en peligro de muerte. La sentencia anula el testamento por defecto de forma por no haberse acreditado la imposibilidad de otorgar un testamento notarial ante el hecho de que el testador residía en Madrid. Curiosamente, el TS niega que en el caso se hubiera probado la concurrencia de dolo. Pero lo cierto es que el testador se hallaba ingresado en un centro geriátrico, que los cinco testigos que intervinieron en el otorgamiento eran empleados de dicho centro y que la heredera instituida era la administradora de dicho centro geriátrico. En cualquier caso, y pese a la intuición de la posible captación de la voluntad del causante a la vista de las circunstancias del otorgamiento, el testamento acaba siendo declarado nulo, aunque sea acudiendo al incumplimiento de las formalidades testamentarias.

4.5 LA INDIGNIDAD SUCESORIA

Lo anterior nos conduce a otro expediente al que cabe acudir para obtener la ineeficacia de un testamento ante la sospecha de la posible captación de la voluntad del testador vulnerable: la indignidad sucesoria. La indignidad puede contemplarse también desde el punto de

⁶³ RJ 4365. Comentada críticamente por Gorka GALICIA AIZPURÚA, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2006, pp. 593 ss.

vista de la libertad de testar⁶⁴. Constituye una sanción privada consistente en la privación de su eficacia a las atribuciones a favor de quienes han cometido una determinada ofensa contra el testador. Entre las causas de indignidad se cuentan manipulaciones de la voluntad testamentaria tales como la inducción a otorgar testamento o pacto sucesorio, o a revocarlo, así como impedir testar o revocar el testamento, aparte de la destrucción, alteración u ocultación del testamento (art. 756.5.º y 6.º CC, 412-3.g y h CCCat, 318.f y g CFA)⁶⁵, sea el favorecido el indigno u otra persona distinta⁶⁶. Todos estos hechos suponen un evidente ataque frontal a la libertad testamentaria; de hecho, es la única mención que se realiza a la inducción para testar en los textos legales, o lo que es lo mismo, a la captación de la voluntad del testador. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, como sanción, tiene carácter personalísimo, y en la medida en que sus causas son de interpretación restrictiva⁶⁷, no afecta a los descendientes del indigno, que incluso ocuparán la posición de este en los derechos sucesorios legales como la legítima (art. 761 CC, 451-3.2 CCCat, 336.1 CFA –sustitución legal–). De hecho, no se conocen casos que resuelvan por esta vía. Es paradigmática la SAP Barcelona, Sec. 16, de 4 de diciembre de 2013⁶⁸, que revoca parcialmente la sentencia de primera instancia que había apreciado tanto falta de capacidad natural de la testadora como indignidad del hijo instituido, al no entender acreditada la «inducción maliciosa» a otorgar el testa-

⁶⁴ Reinhard ZIMMERMANN, «*Ergebniswürdigkeit – Die Entwicklung eines Rechtsinstituts im Spiegel europäischer Kodifikationen*», en *Festschrift für Helmut Koziol*, Wien, 2010, pp. 463 ss. Como dijo José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La indignidad sucesoria en el Código civil español*, Madrid, 1997, p. 101, «el fundamento de esta causa de indignidad –como la del 756.6.º Cc– está en que constituye un verdadero atentado a la libertad del testador». Por su parte, Luis DÍEZ-PICAZO, Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, Madrid, 2012¹¹, p. 35, señalan que la *ratio* del precepto es «castigar toda conducta contraria a la libertad del testador para expresar su última voluntad». Finalmente, María Paz GARCÍA RUBIO, Marta Otero CRESPO, «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», en M.ª del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), *Tratado de sucesiones*, I, Cizur Menor, 2011, p. 260, mencionan la «protección de la integridad de la voluntad testamentaria».

⁶⁵ Pedro DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2012², pp. 449-450; Fernando GÓMEZ POMAR, art. 412-3, en Jian Egea Fernández, Josep Ferrer Riba (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, I, Barcelona, 2009, pp. 102 ss.; Josep LLOBET AGUADO, en María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Josep Llobet Aguado, Judith Solé Resina, María Ysàs Solanes, *Derecho de sucesiones*, Valencia, 2012, pp. 46-48.

⁶⁶ Así también PÉREZ DE VARGAS, *La indignidad sucesoria*, p. 101.

⁶⁷ Véase STS 11 de febrero de 1946, RJ 121; SAP Zaragoza de 8 de noviembre de 2007, AC 2008/273; SAP León de 28 de diciembre de 2009, JUR 2010/107904; y, para el derecho catalán, Encarna ROCA i TRIAS, en Lluís Puig i Ferriol, Encarna Roca i Trias, *Instrumentos del derecho civil de Cataluña*, III, Valencia, 2009⁷, p. 85; DEL POZO/VAQUER/BOSCH, *Derecho de sucesiones*, p. 450; para el derecho aragonés, José Antonio SERRANO GARCÍA, en Jesús Delgado Echeverría (dir.), *Manual de derecho civil aragonés*, Zaragoza, 2012⁴, p. 522. Con todo, tengase en cuenta los matices que introducen GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», pp. 250-251.

⁶⁸ JUR 2014/22086.

mento, apuntando que tal vez la madre –a quien la sentencia no reconoce capacidad para testar!– trató de robustecer la posición económica del hijo, parado de larga duración, con la consecuencia de no imponer las costas procesales a la parte recurrente pese a la declaración de nulidad del testamento.

4.6 LA PROHIBICIÓN DE SUCEDER DE LOS CENTROS ASISTENCIALES Y DE LOS CUIDADORES PROFESIONALES

La jurisprudencia, tanto española como de otros países, pone de manifiesto que un supuesto de hecho especialmente problemático es el de los testamentos otorgados por personas mayores a favor de sus cuidadores, por el riesgo o sospecha de que estos puedan haber captado la voluntad del testador dirigiendo su voluntad testamentaria a la satisfacción de sus intereses propios. Son diversos los mecanismos que se proponen en el derecho comparado para subvenir a estas situaciones. En palabras de García Rubio⁶⁹, esos mecanismos constituyen una protección *ex ante* que impide la eficacia de la disposición a favor de determinadas personas que el legislador considera que gozan de una posición desde la que poder ejercer una influencia perniciosa en la voluntad del testador.

A) El derecho catalán

El nuevo derecho catalán de sucesiones ha introducido un mecanismo específico de protección de la libertad de testar de un concreto grupo de testadores especialmente vulnerables. Se trata de las personas que están ingresadas en centros o residencias asistenciales o geriátricas o bajo las atenciones de cuidadores profesionales. De acuerdo con el art. 412-5.2 CCCat, «[l]as personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio». Es decir, los testadores que deseen favorecer *mortis causa* a los cuidadores profesionales o a los responsables o empleados de los centros asistenciales en que se hallan ingresados deben acudir necesariamente al testamento notarial o al pacto sucesorio que, al

⁶⁹ GARCÍA RUBIO, «La protección de la voluntad», p. 1500.

requerir el otorgamiento de escritura pública (art. 431-7.1), también conlleva la intervención de notario. La limitación concierne únicamente al cuidador profesional, es decir, al que se dedica laboralmente a cambio de un sueldo o remuneración al cuidado de personas que necesitan asistencia, sin afectar a los familiares que realicen esas mismas tareas sin contraprestación⁷⁰. El legislador considera que en la medida en que el notario debe valorar la capacidad del testador (art. 421-7 CCCat, como también los arts. 685.1, 696 y 707.4 CC⁷¹), podrá ejercer un control de capacidad que permita desvelar si su voluntad no es completamente libre sino que ha sido captada y modulada por el cuidador⁷². Por ello mismo, esta norma goza de un valor indiciario y programático, pues aunque no quepa su aplicación analógica por tratarse de una norma prohibitiva, sí marca una tendencia o aviso para otras profesiones que puedan desempeñar otra actividad que entrañe una relación de confianza y de dependencia con el testador, además de los supuestos ya conocidos del cuidador profesional y del confesor, como enfermeras, médicos o abogados, por citar algunos ejemplos, así

⁷⁰ Pese a la objeción que formula María Paz GARCÍA RUBIO, «Relaciones de cuidado y derecho sucesorio: algunos apuntes», en Andrés Domínguez Luelmo, María Paz García Rubio (dir.), *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, Las Rozas (Madrid), 2014, p. 486, y art. 753, en Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (dir.), *Código Civil comentado*, II, Cizur Menor, 2011, p. 622, que el precepto catalán, al exigir una relación contractual que literalmente no tiene que ser onerosa, pone en duda su aplicación en el caso de que la persona esté a cargo de instituciones públicas o de naturaleza benéfica, lo cierto es que en tal caso habría igualmente contrato ni que fuera en aplicación de las relaciones contractuales de hecho derivadas del mismo ingreso o atenciones proporcionadas, y es difícilmente imaginable un servicio atendido únicamente por voluntariado que no reciba ningún tipo de remuneración.

⁷¹ Recientemente véase Juan J. RIVAS MARTÍNEZ, art. 695, en *Código civil comentado*, II, pp. 358 ss.; Beatriz VERDERA IZQUIERDO, «La incapacidad y la discapacidad al otorgar testamento», en M.^a del Carmen García Garnica (dir.), *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Cizur Menor, 2011, pp. 122-123.

⁷² DEL POZO/VAQUER/BOSCH, *Derecho de sucesiones*, pp. 447-448; GÓMEZ POMAR, art. 412-5, en Egea/Ferrer (dir.), *Comentaris*, pp. 123-124; Martín GARRIDO MELERO, *Derecho de sucesiones*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 642.

La importancia del rol preventivo de la función notarial lo enfatiza la SAP Cáceres 31 de mayo de 2011, JUR 237305, cuando argumenta lo siguiente: «La Juzgadora del conjunto de las pruebas testificiales, valoradas según las reglas de la sana crítica, ha otorgado especial significación a los testigos presenciales que acompañaron a la testadora en el momento de otorgar el testamento abierto ante el Notario, según los cuales, la madre se encontraba muy segura de lo que quería, le manifestó al Notario que quería que todo fuera para su hija, siendo el fedatario público quien informó que debía respetar la legítima de su otro hijo. A luz de dichas pruebas y la intervención del Notario, que no hubiera permitido ninguna influencia en la testadora, de tal intensidad que mutara su voluntad, no se estima acreditado la existencia de dolo o fraude en dicho otorgamiento del testamento abierto, ni se puede inferir del hecho de que la hija se hubiera ocupado de las atenciones de su madre en los últimos años de su vida, por más que los testigos propuestos por la parte actora insistan en las pésimas relaciones entre la madre y la hija antes de que ésta se hiciera cargo de su madre» (énfasis añadido).

como familiares del cuidador. No existe ninguna norma similar en el resto de derechos civiles españoles.

Esta norma se ubica sistemáticamente junto a las causas de inhabilidad sucesoria, y puede compartir con ellas la misma *ratio*, esto es, tratar de impedir la influencia⁷³ sobre el testador de notarios, tutores o miembros de órdenes religiosas⁷⁴ (arts. 752-755 CC y 412-5.1 CCCat); funcionaría, pues, como una norma preventiva ante el riesgo de la capacidad de influencia sobre el testador para beneficiarse de la última voluntad del causante⁷⁵. García Rubio señala que, en ordenamientos como el francés italiano o español, «la solución *ex post* derivada de la posible anulación del testamento por vicios del consentimiento u otras figuras negociales es muy restringida⁷⁶ y se completa con una solución *ex ante* que impide en todo caso la eficacia de la disposición a favor de determinadas personas que, a juicio del testador, por su peculiar relación con el testador pueden influir

⁷³ Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, art. 752, en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1991, p. 1856: «la *ratio iuris* de esta norma estriba en impedir la captación de la voluntad del testador por parte de su confesor en una situación de especial vulnerabilidad»; Manuel ALBALADEJO, *Curso de derecho civil V. Derecho de sucesiones*, Madrid, 2008⁹, p. 91; José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, 3.^a ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid 2007, p. 59; Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en Miguel Ángel Pérez Álvarez (coord.), Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Pedro de Pablo Contreras, Sergio CÁMARA LAPUENTE, *Curso de derecho civil (IV). Derecho de sucesiones*, Madrid, 2013, p. 85; DEL POZO/VAQUER/BOSCH, *Derecho de sucesiones*, p. 447.

⁷⁴ La SAP Madrid de 15 de noviembre de 2013 (Roj: SAP M 21371/2013) desestima que concurra causa de inhabilidad y, por ende, de nulidad, del legado de un millón de euros ordenado por la testadora a favor de la Congregación Religiosa de los Misioneros Oblatos de María Inmaculada, con el argumento de la influencia ejercida por el confesor de la testadora, perteneciente a la misma orden. Las razones de la sentencia son las profundas convicciones religiosas y la relación con la citada congregación por más de cincuenta años y el otorgamiento del testamento dos años antes del fallecimiento, conteniendo los testamentos anteriores también legados cuantiosos a favor de la misma congregación, aparte el hecho de la ausencia de cualquier duda sobre la capacidad mental de la testadora.

En el derecho norteamericano hay casos de *undue influence* relativos a ministros de iglesias. Uno de los más destacados es *In Re Estate of Maheras* (Oklahoma, 1995). La testadora, que murió en 1991 a los 96 años de edad, había tenido problemas de alcoholismo hasta que en 1980 entró en contacto con la Primera Iglesia Bautista y su pastor en Bartlesville. Los miembros de la iglesia y el pastor le proporcionaron diversa ayuda. Participó en un cursillo sobre otorgamiento de testamentos, que no completó. El pastor le proporcionó la guía que al respecto se había elaborado y procedió a inventariar sus bienes, y le puso en contacto con un abogado miembro de la misma iglesia. Este abogado preparó el testamento, en que la beneficiaria era la Primera Iglesia Bautista, siendo todos los testigos intervinientes feligreses de la misma. Un sobrino de la testadora impugnó el testamento, que fue anulado al apreciarse *undue influence*. La sentencia puede consultarse en <http://yourlaw-prof.com/22w/law13/maheras.htm>, y Sprivack, «Why the Testimentary Doctrine of Undue Influence», p. 284, la comenta. Nótese que el testamento fue otorgado mucho antes del fallecimiento.

⁷⁵ Juan José LÓPEZ BURNIOL, Art. 412-5, en Encarna Roca Trias (coord. gen.), *Sucesiones. Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*, Madrid, 2012, p. 81.

⁷⁶ Como se comprobará *infra* en el apartado 4.6.

en su voluntad de modo pernicioso»⁷⁷. No obstante, los respectivos efectos jurídicos son distintos a los de la inhabilidad sucesoria. Las causas de inhabilidad permiten la declaración de ineeficacia de las disposiciones testamentarias a favor de las personas inhábiles a instancia de cualquier persona que pueda resultar beneficiada por dicha declaración (art. 412-6 CCCat). En cambio, los directores o empleados o los cuidadores profesionales no se listan entre las personas susceptibles de ser inhábiles. Lo que hace el derecho catalán es prohibir directamente que se beneficie en un testamento no notarial a los cuidadores profesionales. Hay que notar que en la sociedad actual hay muchos más cuidadores que confesores, con lo que en definitiva no se está sino actualizando una norma de larga tradición en nuestros ordenamientos jurídicos. En mi opinión, esta solución, combinada con la pericia del notario que autoriza el testamento, resulta la más eficiente. Si el notario se convence de la espontaneidad de la voluntad del testador y lo refleja convenientemente en el testamento, este difícilmente será declarado nulo si se impugna. Si, por el contrario, el notario llega al convencimiento de la captación, basta con que no autorice el testamento. En ambos casos se reducen los costos, porque la reiteración de una buena praxis notarial actuará como remedio preventivo tanto de demandas poco fundamentadas y respetuosas con la libertad de testar cuanto de cuidadores tentados de sugerir al causante.

B) El derecho alemán

En el derecho alemán, el §14 de la HeimGesetz prohíbe expresamente las atribuciones testamentarias a los dueños, directores y empleados de residencias geriátricas realizadas por quienes residen en ellas⁷⁸, así como a sus familiares⁷⁹; solo se excepcionan las que

⁷⁷ María Paz GARCÍA RUBIO, Art. 752, en Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (dir.), *Código Civil comentado*, II, Cizur Menor, 2011, p. 616. La autora continúa: «Estas personas son excluidas por ley de la sucesión voluntaria del causante, por lo que algunos autores las consideran verdaderas prohibiciones de suceder. No es, sin embargo, una figura estructuralmente necesaria en todos los ordenamientos de nuestro entorno jurídico, donde esa función de control de la voluntad testamentaria se hace mayormente a través de otras instituciones protectoras de la integridad de la voluntad del autor del acto como la *undue influence* del *common law* o las *guten Sitten* del § BGB». Véase también «La protección de la voluntad», p. 1500, GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», pp. 231 ss.

⁷⁸ Y también por terceros si se realizan en interés o por cuenta de quien está ingresado en la residencia geriátrica.

⁷⁹ LEIPOLD, *Erbrecht*, p. 87, Rn 242, citando una sentencia del OLG Frankfurt de 2001.

tengan escaso valor⁸⁰. Se trata de una verdadera prohibición⁸¹ de suceder que afecta a estas personas en razón de su profesión y de la vulnerabilidad de las personas a quien la norma persigue proteger, por el peligro de lesión en su libertad testamentaria⁸². Si a pesar de la prohibición se otorga un testamento que contiene una tal cláusula, esa cláusula es radicalmente nula. La constitucionalidad de esta norma ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional alemán en sentencia de 3 de julio de 1998⁸³, al considerar que cumple la función de proteger a personas vulnerables y a la libertad de testar que reconoce el § 14 de la Constitución alemana (derecho a la propiedad y a la herencia)⁸⁴. El Tribunal Supremo Federal alemán ha matizado, sin embargo, en sentencia de 26 de octubre de 2011⁸⁵, que el § 14 no impide que el propietario de una residencia geriátrica sea instituido en un testamento cuyo otorgamiento ignora, pues en tal caso no hay injerencia en la libertad testamentaria del causante. La jurisprudencia alemana ha entendido que si el favorecido prueba su desconocimiento del otorgamiento del testamento no entra en juego la prohibición, pues en tal caso no ha podido afectar la libertad testamentaria de la persona residente. La doctrina alemana ya había propuesto una interpretación restrictiva del conocimiento por el titular del centro geriátrico del otorgamiento del testamento, requiriendo que fuera objetivo y no meramente subjetivo⁸⁶, de modo que si la voluntad del causante es realmente la de instituir a la persona afectada por la prohibición sea posible hallar un resquicio que lo permita pese a la inicial rigidez de la norma prohibitiva⁸⁷.

⁸⁰ «Dem Träger ist es untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnerinnen und Bewohnern oder den Bewerberinnen und Bewerbern um einen Heimplatz Geld- oder geldwerte Leistungen über das nach § 5 vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen», dice su párrafo (1). Una selección de pronunciamientos judiciales relativos al §14 HeimG puede verse en Wolfgang Edenhofer, en Palandt, *BGB*, 70th ed., München, 2011, § 1937, Rn 13.

⁸¹ Markus PLANTHOLZ, § 14, en Utz Krahmer, Ronald Richter (ed.), *Heimgesetz. Lehr- und Praxiskommentar*, Baden-Baden, 2005², p. 175.

⁸² Myriam RASTÄTTER, *Der Einfluss des § 14 HeimG auf Verfügungen von Todes wegen*, Berlin, 2004, p. 56.

⁸³ http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk19980703_1bvr043498.html.

⁸⁴ SCALISE, «Undue Influence», p. 68; Gunter CRÖßMAN, Sascha IFFLAND, Rainer MANGELS, *HeimG Taschen-Kommentar*, Hannover, 2002, pp. 317-318.

⁸⁵ <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=72a483ae8f6c5efff8bb70a983b89953&nr=58335&pos=0&anz=1>.

⁸⁶ Hartmut MÜNZEL, «Heimbewohner und Testierfreiheit - Zur Anwendbarkeit des § 14 I HeimG auf letztwillige Verfügungen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, p. 113.

⁸⁷ Como dice GARCÍA RUBIO, «Relaciones de cuidado y derecho sucesorio», p. 486, «una prohibición de disponer dirigida a las personas que se han ocupado del cuidado del testador cuando más lo necesitaba, choca frontalmente con el legítimo deseo de este último de recompensar a quienes han tenido actitudes bondadosas y generosas con él, a la par que supone una restricción muy fuerte a la libertad de testar en sentido negativo».

C) El derecho holandés

El nuevo Código civil holandés (BW) contiene dos normas distintas, dentro del capítulo dedicado a las inhabilidades para suceder por testamento, que merecen la atención. Se trata de los dos apartados del art. 4:59, con el matiz que introduce el art. 4:60. De acuerdo con el primer apartado del art. 4:59, los profesionales de la salud, en particular los de la salud mental, que han asistido al testador durante su última enfermedad no pueden ser beneficiados en el testamento otorgado durante dicha enfermedad o asistencia. A continuación, el apartado 2 añade la inhabilidad para suceder de quien explota comercialmente o dirige un centro geriátrico o psiquiátrico cuando el testamento ha sido otorgado durante el ingreso. El legislador procura de este modo delimitar la relación causal entre el ingreso y el otorgamiento del testamento, no impidiendo la institución o el legado fuera del momento idóneo para la captación de la voluntad. El art. 4:60 excepciona la compensación de los servicios prestados, teniendo en cuenta el patrimonio del causante y el valor de los servicios prestados, y cuando el beneficiario es un pariente dentro del cuarto grado por consanguinidad o afinidad o el cónyuge. La sanción en caso de incurrir en inhabilidad es la nulidad de la disposición testamentaria, de acuerdo con el art. 4:60.

D) El derecho de California

Otra norma interesante se encuentra en la *section 21350* del *California Probate Code*, ya que establece la invalidez, a salvo de lo que dispone la *section 21351*, de cualquier transmisión a título lucrativo –lo que incluye al testamento– a favor de (apartado 6) su cuidador (*care custodian*) realizada por un adulto dependiente. Las excepciones que enumera la *section 21351* son: (a) que el beneficiario sea un pariente, un cohabitante o una pareja de hecho registrada, o sea, los cuidadores no profesionales; (b) que el testamento –u otro acto jurídico– haya sido revisado por un abogado independiente que haya advertido al disponente de la naturaleza y los efectos del acto que se propone otorgar, que haya evaluado si el otorgante está determinado por dolo, amenazas, intimidación o influencia indebida, y firma y entrega al disponente un certificado original que acredite lo anterior conforme al formulario que contiene el mismo *Probate Code*.

Carmel L. Bosco, viuda y sin hijos, ordenó un *trust* el 28 de septiembre de 1991, que luego modificó hasta siete veces, siendo objeto de litigio la última de estas modificaciones. James Foley y

su novia Ann Erman, quien previamente había estado casada con un sobrino de Bosco, eran amigos desde hacía tiempo de la testadora, y la estuvieron cuidando durante su última enfermedad. La sentencia tiene por probado que Foley hacía la compra para Bosco y que Erman estaba todo el día con ella, cuidándola, cocinándole la comida, atendiendo a su higiene, incluso la íntima, haciendo la colada y suministrándole sus medicinas, y en ningún momento hace mención de que sus familiares –una hermana y sobrinos– le prestaran otros cuidados. La séptima modificación del *trust* decidida por Bosco tres días antes de su fallecimiento suponía que Foley y Erman eran beneficiarios del *trust* por partes iguales. La sentencia entiende que Foley y Erman eran *care custodians* y que, en consecuencia, la modificación del *trust* era nula en aplicación de la *section 21350*. La prueba de que Bosco era feliz con Foley y Erman y estaba bien atendida carece de valor para el tribunal, porque los beneficiarios no lograron probar la ausencia de *undue influence*⁸⁸.

La aplicación práctica de una norma razonable puede llevar a resultados nefastos. La sentencia en el caso *Bernard v Foley* puede ser un ejemplo de ello, pues penaliza al buen samaritano, por supuesto si, atendiendo a los hechos que el tribunal da por acreditados, no consta que se empujara a la causante a ordenar la modificación del *trust* o, en nuestros términos, a otorgar un testamento que beneficie al samaritano. No debe haber problema en beneficiar a quien se preocupa en procurar las atenciones necesarias para la ancianidad si tal es la verdadera voluntad, aunque sea postergando a familiares que desde la lejanía se desentienden de los cuidados que requieren los mayores⁸⁹. De ahí que, criticando esta sentencia, se haya propuesto modificar la definición de *legal custodian* para incluir en tal concepto únicamente a quienes desarrollan profesionalmente dicha actividad, en la línea del Código Civil de Cataluña o de la HeimGesetz alemana⁹⁰. De otro modo, el testador está limi-

⁸⁸ *Bernard v Foley* (California, 2005), consultable en <http://cases.laws.com/california/california-bernard-v-foley-6-30-05-ca2-3>.

⁸⁹ Sobre los derechos sucesorios vinculados al cuidado del testador en el derecho comparado véase mi trabajo «Desheredación por falta de relación familiar y libertad de testar: a propósito de la nueva causa de desheredación del art. 451-17.e del Código Civil de Cataluña», en José M. de la Cuesta (coord.) y otros, *Homenaje al Profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, Cizur Menor, 2013, pp. 1160 ss. La atención de los ancianos de salud débil dentro de la familia extensa permite liberar recursos públicos que pueden destinarse a otras finalidades, pero obviamente plantea el problema de cómo el cuidador ve recompensados sus esfuerzos. Véase, al respecto, con distintas propuestas, Misa IZUHARA, *Housing, care and inheritance*, Abingdon, 2009, especialmente pp. 110 ss.; Hendrik HARTOG, *Someday All This Will Be Yours. A History of Inheritance and Old Age*, Cambridge, Massachussets-Londres, 2012; Brian SLOAN, *Informal Carers and Private Law*, Oxford-Portland, 2013, pp. 91 ss.

⁹⁰ Kirsten M. KWASNESKI, «The Danger of a Label: How the Legal Interpretation of “Care Custodian” Can Frustrate a Testator’s Wish to Make a Gift to a Personal Friend», 36

tado para recompensar a sus vecinos altruistas si tal es su deseo, lo que contraviene su libertad testamentaria si su voluntad se ha formado sin vicios.

4.7 ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y VALORACIÓN FINAL

Los mecanismos que se acaban de analizar en los subapartados anteriores ponen de manifiesto que los derechos civiles españoles gozan de suficientes medios para proteger la voluntad del testador vulnerable. No es, por ello, necesario introducir ningún nuevo vicio de la voluntad como la influencia indebida. Como se ha notado, la posible captación de la voluntad del causante va ligada las más de las veces a la duda sobre la capacidad testamentaria, aparte de que existen vicios ya consagrados como el dolo o la intimidación que no dejan resquicio teórico por donde intentar deslizar una sugerión del causante que quede incólume. Además, el derecho catalán ofrece una norma específicamente concebida para los cuidadores profesionales, más flexible que las equivalentes californiana y alemana⁹¹, pues permite que el testador realice atribuciones *mortis causa* a favor del cuidador o del centro asistencial si esa es realmente su voluntad, con lo que se procura respetar al máximo la libertad de testar⁹². Además, debe ser posible una interpretación extensiva del precepto, para los supuestos en que el cuidador profe-

Golden Gate University Law Review, 2010, pp. 269 ss., en particular pp. 283 ss.

⁹¹ Para una visión crítica de este precepto, véase David HORTON, «The Uneasy Case for California's Care Custodian Statute», 12 *Chapman University Law Review*, 2008, pp. 47 ss. Este rol del *attorney* como «Evaluation Official» es el que desempeña en Cataluña el notario, ya que interviene con funciones fiscalizadoras de la posible captación de la voluntad del testador. Al respecto, Irene D. JOHNSON, «Preventing Identity Theft and Other Financial Abuses Perpetrated Against Vulnerable Members of Society: Keeping the Horse in the Barn Rather than Litigating over the Cause and/or Consequences of His Leaving», 79 *University of Missouri-Kansas City Law Review*, 2010, pp. 99 ss., en particular p. 115.

⁹² Cabe traer a colación la SAP Valencia, sec. 11, 15 de junio de 2011, JUR 392630, en un caso de persona mayor que testa a favor de su asistente modificando el testamento anterior favorable a su primo, que razona así: «en los testamentos ha de primar la voluntad de la testadora, que siempre es prevalente (...), y la voluntad reflejada por la testadora en el testamento que se cuestiona es designar como heredera universal a la hoy demandada, bien fuera ello porque en su vejez y decadencia física se viera asistida, retribuida o no, por la Sra. Luz, bien porque, al contrario, en esos momentos de necesidad se viera desasistida y desamparada por quién había nombrado heredero cuatro años antes. En cualquier caso, frente a la presunción de capacidad de la causante, corroborada por la certidumbre de capacidad que da el Notario autorizante, tendría que haber sido el demandante, en cuanto impugnante del testamento, quién debería haber acreditado, con prueba evidente, completa e inequívoca, la merma intelectiva y volitiva que dice presentaba la Sra. Adelaida al tiempo de otorgar el testamento, y la captación de voluntad que afirma realizó sobre ella la demandada para obtener con malicia el otorgamiento de un testamento a su favor».

sional no sea el beneficiario directo, pero sí lo sea un allegado suyo, en atención a la finalidad que persigue el legislador.

Otra cosa es cómo se aplique en la práctica, y lo cierto es que nuestra jurisprudencia contiene casos que realmente generan la duda sobre si ha habido o no captación de la voluntad del causante y que, por lo general, finalizan con la validez del testamento.

La SAP Ourense 30 de enero de 2002⁹³ trata del testamento otorgado por persona de 94 años que modifica una anterior hijuela en que procedía a una partición igualitaria para sus hijas atribuyendo todo el bien en cuestión solo a una de ellas, aquella que la atendía. Argumenta la sentencia que «no se pone en duda, pese a su avanzada edad, la capacidad de D.^a Carmen Iglesias para otorgar el debatido testamento. El Notario autorizante, que la visitó dos veces una para hablar con ella y otra para el acto formal de otorgamiento en presencia de los testigos según refiere la actora en confesión, la estimó apta, intelectual y psíquicamente, para ello. La prueba testifical recibida a instancia de la demandante, en un total de diez personas especialmente cercanas a la testadora o familiares (entre ellos doña Pura G., que la cuidó en los años de enfermedad, don Manuel A. B. y su esposa doña Aurora M., tíos de ambas litigantes, doña Carmen A. B., prima carnal de los dos hermanas) afirman que la referida causante estuvo siempre lúcida, describiéndola como especialmente lúcida que sorprendía por su capacidad mental, ingenio, de excelente memoria, muy conversadora y perfectamente conocedora tanto de lo que ocurría alrededor o de lo que quería. Estos son hechos ciertos, sin que quepa hacer supuesto de la cuestión, como hace el Juzgador *a quo* sobre la genérica vulnerabilidad emotiva de una persona de avanzada edad, es en el caso concreto y particular en donde habrán de analizarse las circunstancias específicas que concurren en la vida de cada testador para poder pronunciarse sobre si su voluntad decisoria está o no viciada o lo que es lo mismo si su liberalidad testamentaria vino determinada por un falso conocimiento de la realidad que le fue provocado por el heredero beneficiado. El hecho de que doña Carmen I. P. contase con 94 años de edad cuando Notario otorgó testamento y al que le fuere presentada minuta escrita sobre su última voluntad, no puede entenderse en sí mismo que aporte indicios de un consentimiento erróneo por dolo, como tampoco cabe tildar de especial complejidad jurídica las capitulaciones integrantes del testamento en cuestión, sino que objetivamente son perfectamente comprensibles para una persona de capacidad intelectiva normal y así hubo de considerarlo el fedatario autorizante al comprobar la espontaneidad de su

⁹³ AC 663.

voluntad dispositiva. No existe ni una sola prueba que apunte a que doña Carmen fuese persona de personalidad débil o tornadiza, susceptible de ser sometida su conciencia a la voluntad de otro». Tampoco se concede relevancia a un acta notarial de la hija apartada en que manifestaba su disposición a cuidar de su madre y que su hermana no se lo permitía, pues la cuidadora manifestó que cuando estaba ella sola por las mañanas con la causante esa hija tampoco la visitaba. Y concluye la sentencia: «demostrada la normalidad psíquica de la testadora, la prueba de la existencia de dolo determinante de la falsedad en la causa habría de ser concluyente aunque fuera por vía indirecta o de presunciones, que es algo más que la subjetiva sospecha. El dolo no se presume sino que ha de ser debidamente probado». En definitiva, hay suficiente capacidad natural, el testamento no es especialmente complejo y el cambio en el testamento aparece justificado por ser la beneficiaria la hija que cuidaba a la testadora.

La sentencia de la misma Audiencia, ya mencionada, de 29 de diciembre de 2004 ofrece un caso ciertamente comprometido. Ingresado en el hospital, el testador otorga un nuevo testamento revocatorio del anterior en que, en vez de instituir herederos por partes iguales a sus dos hijos, instituye únicamente a uno y al otro le lega la legítima estricta. La sentencia relata que el notario le reprochó lo discriminatorio que resultaría el dejar sólo a uno la mitad de la legítima estricta y el resto al otro, que si lo deseaba podría pensarlo mejor, etc., insistiendo el testador en que ello era lo que deseaba. A la vez, subraya que «el demandado es el que procede a buscar un notario a los efectos de que su padre otorgue nuevo testamento hecho que tiene lugar un día en que le corresponde por turno acompañarlo, pero manifiesta que lo hizo a petición de su padre, y tal circunstancia se la corrobora éste al Notario autorizante, insistiendo reiteradamente en su deseo de otorgar testamento en los términos recogidos. Aunque el demandado niega que conociera el contenido de la disposición testamentaria controvertida, muy probablemente tal afirmación no responda a la verdad. En tal sentido, el hecho de no aceptar el ofrecimiento de empleados de Caixa Galicia de poder retirar de la cuenta, cuando se produjo el óbito de su padre, y de acuerdo con su hermano, la mitad de la cuenta, que es lo que supuestamente le correspondería a cada uno de ellos, evitándose así el pago de impuestos sucesorios, es claro indicio de que sabía que le correspondía mucho más de dicha mitad, o, al menos, se lo suponía; pero ello, evidentemente, podrá ser todo lo reprochable que se quiera en el orden moral, pero en sí mismo no evidencia una actuación previa constitutiva de dolo o fraude. Algo semejante

puede decirse de la extraña transferencia del padre a favor del demandado, quien encarga a la gestoría Casal la tramitación de la transferencia del vehículo uno o dos días antes del fallecimiento del testador, declarando el demandado que le pagó en metálico. Al respecto, cabe afirmar que en absoluto se prueba el pago del precio, puesto que aunque éste se hubiera hecho en metálico, hecho insólito e inverosímil dado el estado del enfermo, es claro que existen múltiples formas de acreditar su pago, lo que no se hizo». Este relato fáctico demostrativo de la ausencia de motivos para reducir la participación de uno de los hijos a la legítima estricta no es suficiente para entender acreditado el dolo: «no se estima probada la concurrencia de una maquinación dolosa de éste que implicara captación o sugestión de la voluntad paterna, ni indicios de violencia o intimidación determinantes de una situación de temor en el padre que le hubiera inducido a cambiar disposiciones testamentarias precedentes». El tribunal pone el énfasis en la libertad de testar: «Uno de los dogmas fundamentales del derecho sucesorio es el de la primacía de la voluntad del testador, en tanto en cuanto es titular exclusivo de la facultad de disponer libremente de sus bienes, con la única obligación de respetar los derechos de los legitimos. En definitiva, el causante es soberano para disponer, después de su muerte, de su patrimonio según estime conveniente». Con todo, quizás los magistrados no debieron quedar satisfechos ante el hecho de la intervención del hijo en el otorgamiento del testamento –ya sabemos que en el derecho norteamericano este elemento sería determinante de la *undue influence*– y, por ello, decidieron no hacer imposición de costas pese a la desestimación.

LA SAP Málaga 10 de febrero de 2005⁹⁴ no estima la existencia de dolo en la modificación del testamento instituyendo como única heredera solo a una de las instituidas en el anterior al hallar una explicación para tal cambio: «concurren en las actuaciones una serie de factores que contribuyen a justificar el cambio de las disposiciones testamentarias, pasando de ser dos las instituidas como herederas a solamente una de ellas, la ahora demandada apelada, ya que ésta es la persona que convivió con la testadora en su propio domicilio durante bastante tiempo, en tanto que la actora, por el contrario, había perdido todo contacto con la misma en un período dilatado de nueve meses, siendo de resaltar, por otro lado, que la expresión «fraude» que se utiliza en el artículo 673 del Código Civil citado como vulnerado por la recurrente, según doctrina mayoritaria, responde junto con el «dolo» a matices de un mismo vicio de consentimiento, con fundamental sinonimia, siendo inclui-

⁹⁴ JUR 45525.

bles ambas manifestaciones en la fórmula del artículo 1268, consistiendo, en definitiva, en palabras o maquinaciones insidiosas mediante las cuales es inducida una persona a otorgar el testamento que sin ellas no habría dispuesto, o bien con el artificio o empleado para impedir al causante la libre testamentificación, vicios del consentimiento que, como se viene diciendo, no son de apreciar en el caso en atención a las circunstancias hasta aquí analizadas, ya que, al igual que sucede con la negociación contractual, el dolo o fraude requiere una prueba cabal y cumplida de su existencia, sin que basten meras presunciones, a lo que debemos añadir que la edad avanzada de la causante testadora no es por sí sola causa determinante de su falta de capacidad». De nuevo la concurrencia de una razón explicativa de la modificación del testamento resulta un elemento clave de la resolución judicial.

La también citada anteriormente SAP Coruña 18 de marzo de 2009 se ocupa de otro caso de revocación de testamento con reparto igualitario por uno en que una de las hijas es tratada de forma desigual. La sentencia analiza cuidadosamente los hechos y, aparte de señalar que la testadora iba mutando su testamento en función de las relaciones que mantenía con sus hijos, y recalcar su capacidad testamentaria y de decisión, encuentra una justificación al contenido testamentario, cual es que la hija «al conocer el contenido del testamento otorgado por su madre en Pontedeume que la finca y casa de La Graña no iba a ser para ella, decidiese levantar el cierre de la finca de su propiedad en la colindancia con la de su madre, lo que produjo un profundo disgusto de la madre, (...), y así reconoce abiertamente su enemistad y alejamiento de su hija en el acto del juicio de la acción de tutela sumaria de la posesión, sin que se aprecie personalidad débil susceptible de ser sometida su conciencia a la voluntad de otro», por lo que no se entiende acreditado que concurra «prueba plena de la existencia de artificios dirigidos por terceros para desviar la libre determinación de las decisiones de la testadora de tal importancia o calibre que sean perturbadores de la libertad y plena autonomía de efectuar sus disposiciones de última voluntad».

Otra vez el reparto desigual, con dos hijas a quien se atribuye la legítima estricta, conforma el supuesto de hecho de la SAP Ávila de 13 de diciembre de 2012⁹⁵. Tras la consabida definición del dolo testamentario («maniobras o artificios que llegan a anular la voluntad del testador, como pueden ser la sugerión y la captación, entendida como una modalidad del dolo causal dirigido a excluir a una persona de la sucesión; o bien que se consiga desviar la volun-

⁹⁵ JUR 2013\33396.

tad del testador, haciéndole testar en un sentido distinto y como lo hubiera hecho sin intervenir el artificio»), la sentencia lapidariamente se limita a afirmar que no hay prueba del dolo. De manera semejante, la SAP Vizcaya de 24 de febrero de 2002⁹⁶ había rechazado la alegación de la «captación o influencia» por parte de la segunda esposa del testador, sin realizar especial hincapié en la cuestión.

Por su parte, la SAP Barcelona, sec. 11, de 26 de junio de 2009⁹⁷, construye la argumentación de la falta de capacidad testamentaria en la desorientación de la testadora tras ser ingresada en una residencia después de una operación por enfermedad grave y su influenciabilidad. Eran favorecidos en la herencia la cuidadora y la esposa del abogado de confianza de la causante. La Sala acepta la posible influencia por parte del letrado, que sin embargo no considera como signo de falta de capacidad, ni tampoco otorga relevancia al hecho de que en poco tiempo hubiera otorgado hasta nueve testamentos de contenido distinto. Lo trascendente es que no había en las actuaciones una prueba concluyente sobre la falta de capacidad testamentaria derivada de alguna enfermedad psíquica diagnosticada, por lo que, a pesar de las circunstancias reseñadas, el testamento se tiene por válido.

En la antes citada SAP Álava de 5 de julio de 2012, el testador es una persona soltera cuyos únicos parientes son un hermano que vivía en Barcelona y dos hermanos residentes en Vitoria con los que no mantenía relación. En su testamento, además de la familia de Barcelona, beneficiaba a una persona extraña, que la demandante de nulidad del testamento afirmaba que se dedicaba a sugerir personas ancianas. La documental médica no revela ningún trastorno psíquico, sino alguien bien orientado y capaz de conversar abiertamente. Tampoco consta que la familia de Barcelona lo acompañara cuando acudió a la notaría para testar, por lo que no se aprecia ningún motivo para declarar la nulidad del testamento.

El supuesto de hecho de la SAP Madrid 14 de febrero de 2013⁹⁸ viene configurado por el matrimonio en 2008 de la causante tras serle diagnosticado un cáncer de pulmón y el otorgamiento posterior de testamento y de diversas donaciones al marido en detrimento de la hija. La sentencia pone el énfasis en «la conformidad a derecho tanto del testamento como formalmente las donaciones efectuadas, y la inexistencia de prueba alguna de que la causante sufriese, más allá de la influencia anímica por el diagnóstico lleva-

⁹⁶ JUR 2003\97761.

⁹⁷ Roj: SAP B 11171/2009.

⁹⁸ JUR 158306.

do a cabo, un deterioro psíquico que afectase a su capacidad volitiva o cognitiva en orden a viciar de manera significativa su consentimiento en las operaciones llevadas a efecto. Tal y como pone de relieve la sentencia combatida, de las pruebas testificales practicadas no se desprende que, más allá de un comportamiento calificado como raro o sorprendente, existiese ese deterioro psíquico de suficiente entidad, y no cabe deducir sin más, como pretende la demandante, que los acontecimientos producidos fueron impulsados por la actividad desplegada por la actora tendente a su propio exclusivo beneficio en detrimento de los derechos de la demandante». Subyace latente nuevamente la concurrencia de un motivo justificador del testamento, cual es el matrimonio de la causante y, cabe deducir, la mala relación de la hija con el nuevo consorte.

La SAP Coruña de 2 de marzo de 2012⁹⁹ contempla el supuesto de los testamentos otorgados por un matrimonio en que se desheredaba a la hija adoptiva –incluso se intentó más tarde la declaración de nulidad de la inscripción marginal de adopción por no haberse completado esta– y se instituía a un sobrino de la esposa. Ante la alegación de la captación de la voluntad por el sobrino, la respuesta de la sentencia es contundente: «Los causantes no mantenían relación alguna con su hija adoptiva desde hacía más de 30 años, pese a que vivían cerca. No los atendió para nada en su ancianidad. Tuvo que hacerse cargo don Conrado. Hasta el punto de que es él quien los atiende, los lleva al hospital, permanece con ellos cuando están ingresados, y finalmente pasan los últimos años en su casa y bajo sus cuidados. Es más, doña María Cristina reconoció que ni se había enterado de cuándo habían fallecido». Para el tribunal, es perfectamente explicable, por razones de confidencialidad, que los testamentos se otorgaran en notaría de localidad distinta de la de su residencia, y la pretendida prueba testifical se califica de «meras expresiones de dudas malintencionadas por una endémica desconfianza».

En la SAP Barcelona, Secc. 19, de 22 de marzo de 2012, de nuevo una hija es desheredada a favor de su hermano. Aunque se alega la posible captación de voluntad por tratarse de una persona vulnerable, con algunos déficits en sus funciones cognitivas, la sentencia se desarrolla por el cauce de la capacidad testamentaria y no halla motivos suficientes para la anulación del testamento. Por otra parte, encuentra una justificación a la mutación de la voluntad de la causante, que en dos años otorgó hasta tres testamentos, por las desavenencias surgidas con su hija, que esta incluso llegó a airear en un programa de televisión.

⁹⁹ JUR 113216.

La testadora de la SAP Barcelona de 17 de mayo de 2010¹⁰⁰ presentaba, además de una edad avanzada, una salud frágil, pese a lo cual fue conducida por la demandante y principal beneficiada en el testamento anterior al pueblo donde solía pasar los veranos y en que residían también los demandados, que contrataron una cuidadora para la causante y que resultaron agraciados con el grueso de la herencia en un testamento notarial otorgado ese verano. El hecho de que fuera acompañada al pueblo por la demandante es un factor clave para el tribunal: «desdibuja el dolo denunciado, toda vez que no fueron los demandados quienes trajeron a la causante al pueblo y el hecho que la visitaran frecuentemente, como en otras ocasiones, no hace presumir la existencia de maquinación alguna. Incluso si en las visitas, a pesar de no haberse probado por la incomparecencia de la cuidadora, ésta era invitada a salir de la habitación, la conclusión sería la misma, toda vez que cualquier persona tiene derecho a su intimidad».

Un caso en que la alegación de dolo captatorio se vuelve contra quien lo alega lo proporciona la SAP Baleares de 9 de noviembre de 2010¹⁰¹. La pericial manifiesta que la testadora era efectivamente susceptible de ser influenciada, pero advierte la sentencia que «el perito se limita a enunciar una hipótesis y, por lo demás, no se sabe si el testamento, en el que favorece a su sobrina demandada, fue fruto de la influencia de ésta o, más bien, reacción frente a la influencia sobre su voluntad pretendida por el sobrino actor. Así, en el interrogatorio de parte la codemandada doña Teodora, quien durante veintitrés años fue la sirvienta de la testadora, manifestó que era su sobrino Carlos Miguel, el hoy actor, quien le llevaba las cuentas, que le acompañó varias veces a la notaría, que Carlos Miguel nunca estaba conforme y discutía con su tía y le gritaba, y que incluso le amenazó con que no iría al cielo, lo que provocó en doña Crescencia gran desazón que le llevó a hacer una consulta al respecto a su confesor». Por consiguiente, la impugnación es desestimada.

La testadora de la SAP Valencia de 26 de noviembre de 2011¹⁰² revocó su testamento en que instituía a su hija, desheredándola y nombrando heredero a un conocido que la visitaba con frecuencia, y que la sentencia indica que era testigo de Jehová. Nuevamente se desestima la demanda, porque no se induce, «al no haber presencia personal de los testigos de ello, maquinación alguna del demandado para hacer cambiar las relaciones de la actora con su madre ni

¹⁰⁰ Roj: SAP B 4589/2010.

¹⁰¹ AC 2011/666.

¹⁰² JUR 2013\60221.

para que ésta por ello cambiara su inicial testamento del año 2002, en la medida de que esas relaciones materno-familiares no buenas desde antiguo las reconoció dicha actora y, si bien pudieron empeorar a raíz de iniciar los cuidados de la misma dicho demandado y en el curso de éstos también hubo momentos de empeoramiento de las de éste con la causante que le llevaron a denunciarlo sin condena alguna, ello no supone la realidad de hechos o cadena de hechos que al unísono envuelvan esa maquinación intencionadamente dirigida a mover en determinado sentido la voluntad del testador». Se trata de una distribución de riqueza que podríamos denominar «no natural» al beneficiar a un extraño, además, y como nota expresamente la sentencia, con un tinte religioso, y sin embargo no se cuestiona la validez del testamento.

Hay también alguna sentencia en que la beneficiada por el testamento es la cuidadora. Merece especial atención la SAP Alicante de 30 de mayo de 2012¹⁰³. La testadora, que vivía sola y había testado a favor de su hermano, acudió a los servicios sociales de su ayuntamiento para que le proporcionaran una cuidadora. Se reconoce en la sentencia que «[c]iertamente resulta extraño a la Sala que en el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 2010, fecha en la que el Ayuntamiento de la localidad de Jávea designa a la asistente social, la demandada doña Inés para la atención de doña María Antonieta, hasta el fallecimiento de ésta en 24 de septiembre de 2010, poco más de un mes, la citada Sra. María Antonieta cambiara el testamento que había hecho en fecha 26 de mayo de 2009 en el que legaba a su hermano, el demandante. En este último testamento, «lega a doña Inés, nacida el (...) de 1975 en Palmira Valle (Colombia) todos los bienes, derechos y acciones que la testadora tenga en España, bajo la condición que la cuide y asista hasta el momento de su fallecimiento». Entre los motivos de la impugnación se cuenta la existencia de dolo destinado a captar la voluntad de la causante. La sentencia solo entiende probado que la cuidadora empezó trabajando tres horas por semana pero fue aumentando su presencia hasta quedarse a dormir, y aunque a veces la sustituía su hija y a pesar de alguna declaración testifical en el sentido de que quizás no estaba suficientemente bien atendida, tiene por acreditado el cumplimiento de la condición, sin que considere que hay prueba ni tan solo indiciaria de dolo. El conflicto se plantea, pues, entre un hermano y una extraña; no parece que con el hermano existiera una relación muy intensa, puesto que la testadora acudió a los servicios sociales públicos para procurar su cuidado, pero por

¹⁰³ Roj: SAP A 1787/2012.

otro lado se testa a favor de una persona a la que se conocía desde tan solo hacía un mes.

La SAP Cáceres de 20 de noviembre de 2013¹⁰⁴ se enfrenta a una serie de hasta doce testamentos otorgados en apenas dos años, siendo anulados la mayoría por falta de capacidad natural del testador (de 82 años, viudo, sin hijos). En cuanto al testamento no anulado, este se impugnaba también por dolo, que no se entiende acreditado, con base en que la beneficiaria (hija de la pareja sentimental durante algunos años) no convivía con el causante al tiempo del otorgamiento y, salvo en uno, era instituida en mayor o menor cuota en todos los testamentos.

En la STSJ Cataluña de 8 de mayo de 2014¹⁰⁵, marido y mujer, aquejados de enfermedades neurogenerativas en fase incipiente a la fecha del otorgamiento de sus respectivos testamentos, habían instituido heredero a su hijo relegando a su hija a la legítima estricta. La sentencia no acoge la nulidad del testamento, admite que «las circunstancias sociales y vitales de las personas han evolucionado en los últimos tiempos» y que la «propia legislación catalana ha sido sensible a estas nuevas realidades contemplando novedosas figuras jurídicas de asistencia y protección para las personas en especiales circunstancias personales de vulnerabilidad, pero lo hace partiendo siempre de su igualdad de derechos y del respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar, y advierte por último que «no pueden generalizarse los efectos que la edad o las enfermedades físicas invalidantes pueden ocasionar en la capacidad de discernimiento de cada persona ya que ello depende de múltiples circunstancias». Con todo, no efectúa imposición de costas.

El testador de la SAP Sevilla 9 de mayo de 2014¹⁰⁶, como consecuencia de un accidente, solo podía comunicarse con los ojos y levísimos signos y que era incapaz de teclear su nombre completo en un ordenador. La sentencia no ofrece datos de los litigantes y su relación con el causante, y estima el recurso dando por válido el testamento, con el argumento esencial de la sencillez del contenido testamentario.

Tampoco ofrece información sobre la condición de los litigantes la SAP Zaragoza de 17 de diciembre de 2014¹⁰⁷, en que se invocan como causas de nulidad la ausencia de capacidad de la testadora y la captación de su voluntad. La sentencia, pese a estimar probado el Alzheimer que sufría la testadora, entiende que no la privaba completamente de sus facultades cognitivas, y en cuanto a

¹⁰⁴ Roj.: SAP CC 809/2013.

¹⁰⁵ Roj: STSJ CAT 5529/2014.

¹⁰⁶ AC 1754.

¹⁰⁷ Roj: SAP Z 2071/2014.

la posible captación de la voluntad, la despacha con el argumento de que el actor solo había sido beneficiado en otro de los cinco testamentos otorgados en pocos años por la causante, por lo que no resultaba inexplicable que en el último tampoco lo fuera.

Hasta ahora solo se han reportado sentencias que desestiman las demandas de nulidad del testamento negando la existencia de dolo o de captación de la voluntad del testador. En sentido contrario cabe destacar la SAP Sevilla 14 de febrero de 2005¹⁰⁸, que sí entiende acreditada la captación de la voluntad de la testadora por el hijo beneficiado en el testamento. La prueba parece en verdad contundente: «La empleada doméstica doña Paula, con asistencia diaria en la casa de doña Mariana, atestiguó que la misma consumía, prácticamente, una botella diaria de ginebra, que se compraba por cajas, y que padecía de alucinaciones, en cuanto decía ver a personas difuntas y que, con igual ignorancia del testamento, había oído a doña Mariana que de puertas adentro era para Raquel. Con igual desconocimiento del contenido del testamento testifica doña María Rosario, amiga y visitante asidua de doña Mariana en el sentido de que ésta se encontraba dominada por su hijo don José Pablo, de cuyo testamento sí conocía que se difería en veinte años. El administrativo don Manuel, con igual adveración del referido consumo alcohólico, manifestó que el testamento fue una sorpresa para todos porque doña Mariana pregonó siempre la igualdad entre sus hijos y, el conductor don José Augusto, reiterando lo anterior dijo que era el encargado de comprar la ginebra, con el consumo de una botella diaria y que don José Pablo tenía atemorizada a su madre y hablaba de testamentos en el sentido de que hasta veinte años no se cogería nada. Por último el vecino de planta don Juan Ignacio, testifica que don José Pablo controlaba las visitas de su madre doña Mariana y le comentó que él y su madre habían hecho un testamento «sibilino». Además, el médico personal corroboró el alcoholismo. La sentencia no menciona la palabra «dolo», aunque reconoce la captación de la voluntad y la ausencia de suficiente capacidad natural por el alcoholismo crónico y su afectación de las capacidades volitivas e intelectivas de la testadora.

En la SAP Barcelona, Sec. 14, de 25 de abril de 2014¹⁰⁹, se dirime la validez de un testamento que, en su contenido, revoca parcialmente el anterior al ordenar el legado de la vivienda habitual a favor de la persona con quien el testador mantenía una relación, legado que gravaría las hijas herederas, quienes postulaban la nuli-

¹⁰⁸ Roj: SAP SE 550/2005. Comentada por Tomás RUBIO GARRIDO, en *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 24, 2010, pp. 269 ss.

¹⁰⁹ AC 666.

dad y la validez del testamento anterior que no contenía tal legado. Para el tribunal, el tratamiento de quimioterapia que recibía el causante lo hacía sugestionable, y el perito calígrafo sostuvo que la firma del testamento evidenciaba que «fue plasmada bajo presión amenazante». Además, como argumento adicional para la nulidad, valora el hecho de que la legataria otorgó el acta de notoriedad de la convivencia *more uxorio* una vez fallecido el testador.

Las litigantes de la SAP Álava de 10 de julio de 2014¹¹⁰ eran dos hijas y dos nietas de la testadora. Estas impugnaban el testamento alegando falta de capacidad derivada de demencia senil y captación de la voluntad, porque el último testamento mejoraba a las hermanas. La sentencia estima la falta de capacidad, sin entrar en la cuestión de la captación.

En la SAP Jaén de 15 de octubre de 2014¹¹¹ la disputa es entre la hermana instituida heredera y las sobrinas hijas de otra hermana, quienes pretenden la nulidad del testamento por falta de capacidad y por captación de la voluntad. Aunque la sentencia parece dar por cierto que existía un pacto entre todas las hermanas de instituirse las unas a las otras, pacto que el último testamento rompe, y que la hermana favorecida regía los destinos de la testadora gravemente dependiente, la sentencia se fundamenta en el grado de Alzheimer que padecía la causante para confirmar la nulidad.

Por último, cabe citar la SAP Asturias de 9 de enero de 2015¹¹², en que el pleito se suscita entre hermanos de la testadora y una sobrina nuevamente, siendo esta la instituida en el último testamento otorgado. Para la sentencia, la clave radica no solo en la depresión crónica de la causante y sus indicios de demencia, sino en el hecho de que la sobrina es quien la cuidaba y las circunstancias extrañas del otorgamiento del testamento, con una «abogada» y sin estar claro que el testamento no estuviera previamente redactado a la visita al notario.

Capítulo aparte merece la STS de 25 de noviembre de 2014¹¹³. Los testadores habían otorgado sendos testamentos objeto de la impugnación el último en diciembre de 2004 y el anterior en agosto del mismo año, este revocando otro anterior. El motivo es el dolo, ya que no se discute la capacidad de los otorgantes. El TS confirma la nulidad del testamento de diciembre, en atención a las circunstancias concurrentes: la hija con la que convivían resulta más favorecida que en el testamento de agosto, no consta que los testadores manifestaran directamente sus voluntades al notario, y

¹¹⁰ Roj: SAP VI 360/2014.

¹¹¹ Roj: SAP J 1027/2014.

¹¹² JUR 70090.

¹¹³ RJ 6020.

que «coincidiendo con el otorgamiento de los testamentos del mes de diciembre ante el notario no interviniente en las instrucciones de los del mes de agosto ni las posteriores, se otorgaron en el domicilio de los testadores, ambos con más de noventa años, en presencia de la recurrente, del marido de esta y de los hijos de aquella, con ausencia del demandante, un número importante de documentos notariales que se han reseñado en el resumen de antecedentes, siendo los testamentos los últimos en leerse y firmarse». La SAP Toledo de 20 de mayo de 2013¹¹⁴ recurrida en casación, sin embargo, consideró válido el testamento de agosto que revocaba uno de 1977 con reparto igualitario entre los hijos. Los causantes también convivían con la hija beneficiada en el testamento y otorgaron el testamento en casa, principal argumento de la presencia de dolo. La sentencia rechaza la captación de voluntad, manifestando que una tal percepción conduciría a la nulidad de los testamentos de personas ancianas que convivan con uno de sus hijos al que por agradecimiento, por cariño o por un sentimiento subjetivo de justicia deciden premiar en su herencia, todo ello cuando la Ley no limita la edad para testar ni obliga a beneficiar a todos los hijos por igual, a salvo legítimas. Además, se hace un esfuerzo por delimitar el dolo invalidante del testamento: «para que dicho dolo pueda determinar la nulidad del testamento, que sea calificable de dolo grave en su aptitud para desviar la voluntad del otorgante, excluyéndose las acciones capaces de ganarse la voluntad del testador como el cuidado o atención especial al mismo o comportamientos cariñosos. Es preciso, por último, para que el testamento pueda considerarse nulo y viciada la disposición testamentaria que la voluntad del otorgante emitida sin la natural libertad lo sea precisamente por causa de la influencia insidiosa. En el concepto reseñado caben toda serie de astucias dirigidas a conseguir tal resultado si bien este dolo no opera sino mediante el ejercicio de la acción específica dirigida a su declaración, que no puede prosperar sin una cumplida prueba por parte de quien alegue la concurrencia del dolo, pues el principio *favor testamenti* supone la presunción de validez del testamento otorgado que solo puede desvirtuarse por prueba rotunda y contundente». Entre líneas puede inferirse que hay una justificación, siquiera subjetiva, para la modificación del testamento anterior con reparto igualitario entre los hijos, lo que impide apreciar la concurrencia de dolo, más aun cuando no hay discusión sobre la capacidad testamentaria.

¹¹⁴ Roj: SAP TO 359/2013.

Puede concluirse, a la vista de las anteriores sentencias, lo siguiente:

1) cuando el conflicto se plantea entre quienes son legítimos –el causante otorga un testamento que rompe la repartición igualitaria de la legítima para beneficiar más o en exclusiva a uno de sus descendientes–, el tribunal queda satisfecho y no estima la concurrencia de captación de la voluntad testamentaria si halla una justificación a la revocación del testamento, sea en forma de malas relaciones con el hijo o hija apartados, sea porque el beneficiado ha cuidado al causante en su última enfermedad, etc. De otro modo, el testamento probablemente es anulado.

2) si los protagonistas del conflicto no son legítimos –por ejemplo, sobrinos, hermano y cuidadora– los tribunales españoles suelen conceder primacía a la voluntad testamentaria expresada en el testamento, aunque existan dudas sobre la capacidad testamentaria, salvo que el otorgamiento del testamento presente dudas en atención a las circunstancias concurrentes.

El panorama, tras el análisis de las sentencias españolas que han abordado el tema, es completamente opuesto al norteamericano. Puede afirmarse que la anulación de un testamento basada exclusivamente en el dolo –o, lo que es lo mismo, en la sugerión o captación de la voluntad de un testador vulnerable– es harto improbable, salvo que se trate de un abogado –u otro profesional susceptible de ejercer influencia cualificada–, si tomamos como referencia la SAP Lleida de 4 de abril de 2013 con que se ha iniciado este epígrafe, o que se suscite un conflicto entre legítimos sin que concurra una razón explicativa suficiente a juicio del tribunal para el trato desigual deparado por el causante¹¹⁵. Sobre la base de la intimidación apenas puede computarse un par de sentencias. Mejor suerte ha merecido la vía de la falta de capacidad de obrar, pero siempre que esta sea notoria, es decir, o bien con un alcoholismo grave cercenador de la capacidad volitiva, o con enfermedades que provocan una pérdida sensible de facultades intelectuales. Lo que parece evidente es que la demanda impugnadora tiene mayores posibilidades de éxito si se combinan varios elementos: el incumplimiento, ni que sea parcial, de alguna solemnidad con síntomas de merma en la capacidad natural suele terminar en una estimación de la nulidad. Los tribunales españoles tienden a decantarse por la

¹¹⁵ También en los países de *common law* donde la *undue influence* es de interpretación menos extensiva (Inglaterra o Nueva Zelanda) es difícil que se anule un testamento por esta causa cuando el favorecido es un hijo que estaba viviendo al causante, salvo que concurra coacción; véase Sloan, *Informal Carers*, pp. 225 ss., y Gary M. HARRISON, «*Undue Influence. An Issue of Presumption*», *NZ Lawyer*, 2010, n.º 141.

eficacia del testamento, tal vez por el peso de la idea del *favor testamenti*. Como punto de partida, no es criticable, y de hecho el fallo de la mayoría de sentencias es razonable. En efecto, parece preferible, ante la duda, inclinarse por la eficacia del testamento, pues este enfoque es el más respetuoso con la libertad de testar, incluso aunque alguna vez pueda existir el temor de que quien ha captado la voluntad de un testador vulnerable se lleve el premio de la herencia. La sentencia del *Hoge Raad* de 10 de diciembre de 2010 relativa al art. 4:953 del Código civil neerlandés en un caso en que se debatía si la inhabilidad para suceder antes examinada afectaba a un médico, reprochó a la sentencia de instancia que protegía más la libertad de testar en abstracto que al paciente/testador del caso en cuestión¹¹⁶, y el mismo reproche podría formularse a alguna de las sentencias de nuestra jurisprudencia que antes se han mencionado. El papel del notario es fundamental, pues él puede detectar si el testador está sometido a alguna presión o sugestión; una entrevista a solas con preguntas sobre el contenido de su testamento y las razones de ese contenido pueden aflorar la existencia de una voluntad captada. Los tribunales norteamericanos, en cambio, en un sistema sin legítima a favor de los descendientes, son mucho más proclives al reparto igualitario y a que los bienes queden para la familia; podría decirse que por la vía de la impugnación del testamento por *undue influence* garantizan la legítima en un sistema que la desconoce. En todo caso, lo que sí ha quedado meridianamente claro es que los derechos civiles españoles disponen de suficientes resortes para proteger al testador vulnerable, y que los tribunales se muestran dispuestos a aplicar dichos mecanismos en los casos que deben dilucidar. Y este es un resultado mucho más venturoso que el que ofrece el derecho norteamericano, que aparenta ser el paradigma de la libertad de testar pero que, sin embargo, como ha denunciado la doctrina de aquel país, en realidad la coarta con pronunciamientos con frecuencia más morales que jurídicos.

¹¹⁶ «Ten onrechte heeft het hof dus de bescherming van de testeervrijheid als ratio van die bepaling vooropgesteld, in plaats van de bescherming van de patiënt/testateur», tomada de la transcripción de A.J.M. NUYTINCK, «Lijden aan het leven», *Ars Aequi*, n.º 60, 2011, pp. 131 ss.

Donación disimulada en escritura pública

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

RESUMEN

Desde el año 2007, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende unánimemente que la escritura pública exigida por el artículo 633 del Código Civil para la donación de inmueble ha de ser ella misma de donación. En consecuencia, decreta invariablemente la nulidad de los negocios de donación encubiertos en escritura pública de venta. En general, dicha doctrina parece acertada, pues es la más conforme con las finalidades que cumple la exigencia de escritura pública, como son asegurar la reflexión del donante y proteger a los posibles terceros perjudicados por esa donación. Sin embargo, en los casos excepcionales en que pretende la nulidad el propio donante o su heredero voluntario, no habiendo tercero perjudicado, y valiendo la escritura pública de venta al fin de asegurar la reflexión del donante, parece excesivo que el defecto formal valga para obtener la nulidad de la donación disimulada. La doctrina del abuso de nulidad por motivos formales puede servir entonces para limitar la facultad de impugnación de dichos sujetos.

PALABRAS CLAVE

Donación encubierta; requisitos de forma; finalidad de la escritura; legitimación para impugnar; abuso de nulidad por motivos formales.

ABSTRACT

Since 2007, the Supreme Court holds that the public deed required for the donation of an immovable property by Article 633 of the Civil Code must be itself a deed of donation: the public deed of sale does not serve to fulfill this requirement. Accordingly, courts invariably decree the nullity of donations hidden in public deed of sale. This approach seems right, as it is most consistent with the aims of public deed by donation, such as ensuring the careful aforesight of the donor and protecting third parties from being harmed by the donation. However, in exceptional cases, where there is no injured third party and the donor or his volunteer heir seeks annulment,

being worth the deed of sale to ensure the aforesought of the donor, it seems excessive that a mere formal defect allows to annul the disguised donation. The doctrine of abuse of invalidity on formal grounds can then serve to limit the power to challenge the donations that have these subjects.

KEY WORDS

Disguised donation; forms requirements; aims of public deed; legitimation to challenge; abuse of invalidity on formal grounds.

SUMARIO: 1. *Las Sentencias del Tribunal Supremo de 2007 sobre donaciones encubiertas de inmuebles y la situación posterior:* 1.1. La Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007. 1.2. La consolidación de la interpretación rigorista del artículo 633 en la jurisprudencia posterior. 1.3. Problemas y perplejidades que suscita la doctrina expuesta.—2. *La doctrina jurisprudencial anterior al año 2007:* 2.1. La crítica general a la situación de incertidumbre. 2.2. La existencia de ciertos criterios consolidados de resolución.—3. *Las diversas respuestas teóricas al problema:* 3.1. La validez *a priori* y la defensa del perjudicado mediante remedios específicos. 3.2. La validez *a priori* y el remedio general de la causa ilícita. 3.3. La exigencia en todo caso de una escritura pública de donación. 3.4. La difícil elección de la vía adecuada.—4. *El artículo 633 y Los fundamentos de la exigencia de escritura pública en la donación de inmuebles:* 4.1. La ambivalencia del artículo 633 y los escasos resultados de la interpretación gramatical y sociológica. 4.2. La función de la escritura pública a la luz de sus antecedentes.—5. *Dos tentativas de limitar la impugnación de la donación encubierta:* 5.1. La falta de legitimación del donante, heredero voluntario o abintestato para invocar la simulación relativa. 5.2. La aplicación de la doctrina de los propios actos.—6. *Algunos resultados intermedios.*—7. *Una vía abierta: la doctrina del abuso de la nulidad por motivos de forma:* 7.1. Perfiles de la figura y aplicación al supuesto de la donación encubierta. 7.2. Algunas precisiones para la aplicación de la doctrina del abuso de nulidad por motivos formales.

1. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2007 SOBRE DONACIONES ENCUBIERTAS DE INMUEBLES Y LA SITUACIÓN POSTERIOR

El día 11 de enero de 2007 el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo publicó una Sentencia llamada a unificar su doctrina sobre una de las controversias más persistentes existente hasta entonces en nuestra jurisprudencia. Abordó el tradicional problema de la validez de la donación de inmueble encubierta en escritura pública de compraventa y determinó, con clara pretensión de generalidad, que en ningún caso esa escritura podía servir para cubrir

los requisitos de forma exigidos por el artículo 633 del Código Civil. Los pronunciamientos de aquella Sentencia, reiterados desde entonces en otras muchas, se han acabado convirtiendo en doctrina unánime del Tribunal Supremo en esta materia.

1.1 LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE ENERO DE 2007

Los hechos de los que traía causa la demanda arrancaban de un accidente ocurrido hacía años, en el que el hijo de los demandados, entonces menor de edad al igual que el demandante, alcanzó a éste con un disparo cuando ambos habían salido a jugar con sendas escopetas. Dos meses después de ese accidente, del que acabaría derivándose la pérdida total de la visión de un ojo del demandante, el matrimonio demandado vendió a su otra hija, también demandada, una serie de fincas que constituían la parte principal de su patrimonio.

Después de haber obtenido en un pleito anterior una condena a una indemnización pecuniaria, el demandante solicitaba que se declarase la nulidad de esa compraventa suscrita entre el matrimonio demandado y su hija. Subsidiariamente, para el caso de que tal demanda no fuese estimada, instaba la rescisión de dicho contrato por fraude de acreedores, con la consiguiente restitución de prestaciones. Los demandados solicitaron se declarase la validez de la compraventa o, en su defecto, la existencia de una donación remuneratoria a favor de la hija demandada.

Las Sentencias de instancia habían apreciado la existencia de simulación relativa y, pese a declarar la nulidad del contrato de compraventa, habían admitido la validez del contrato de donación encubierta, entendiendo que pretendía recompensar a la hija, de dieciocho años, por el sacrificio que suponía aportar su sueldo para el sostenimiento de la familia. La Sentencia de la Audiencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo rechaza los dos primeros motivos del recurso, en buena parte por su defectuoso planteamiento procesal, aceptando en consecuencia la existencia de una donación remuneratoria encubierta. Pero acoge, en cambio, el siguiente motivo del recurso, en el que se acusa infracción de la doctrina jurisprudencial que declara la nulidad de la donación de inmuebles hecha bajo la forma de una compraventa totalmente simulada. El Tribunal reconoce ciertamente la existencia de dos líneas jurisprudenciales contradictorias, una la alegada por el recurrente, y otra, también muy numerosa, que acepta la validez de la donación disimulada bajo

ropaje de compraventa. Pero a continuación, y con claras pretensiones de generalidad –de ahí la votación del pleno–, establece que «esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El art. 633 del Código Civil, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos». Aclarando, a renglón seguido, que «esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria», pues el artículo 633 no hace en ningún caso excepción de lo que preceptúa.

A consecuencia de lo dicho, el Tribunal Supremo acogió el recurso y determinó la nulidad absoluta de la donación encubierta, con el consiguiente reintegró de las fincas al patrimonio de los padres demandados. Tal vez convenga aún recoger un pronunciamiento de la Sentencia, que le sirve en buena parte de fundamento, y en el que se declara que «el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad)».

Al criterio mayoritario de la Sala, expresado por el Magistrado Antonio Gullón Ballesteros, formuló voto particular discrepante el Magistrado Jesús Corbal Fernández, al que se adhirieron otros tres magistrados. Este voto particular comparte el criterio favorable al acogimiento del recurso, pero por unos fundamentos totalmente distintos. A su juicio, el negocio enjuiciado constituía una clara manifestación de simulación absoluta, pues la escritura pública denominada de compraventa respondía únicamente al propósito de poner los bienes inmuebles de los padres a nombre de una hija mayor de edad, sustrayendo así el patrimonio familiar a la posible

responsabilidad derivada del inicial accidente; hechos éstos que bien pudieron ser acogidos en virtud de los dos primeros motivos del recurso. En cambio, cree que no procedía acoger el motivo tercero, pues el autor del voto particular mantiene «la tesis de la interpretación flexible del art. 633 CC en el sentido de que la verdadera voluntad y finalidad perseguida por los contratantes es la de otorgarse una donación», entendiendo en consecuencia «que la tesis literalista adolece de un excesivo rigor formal». Considera que esa que llama interpretación flexible es la que empezó a predominar en la jurisprudencia a partir de 1980, ya que «permite, sin quebrantar ningún dogma legal, dar una respuesta satisfactoria a comportamientos sociales, que, por los motivos subjetivos legítimos que sean, no quieren que su voluntad real sea conocida por terceros», sin perjuicio de que «el posible perjuicio para derechos legítimos, aparte de ser tanto más factible con el contrato de compraventa, [tenga] adecuada respuesta en la nulidad del negocio disimulado». Termina declarando que el criterio ahora adoptado de forma mayoritaria por la sala supone un cambio jurisprudencial, pues «el argumento interpretativo literalista fue el que determinó durante años la contradicción jurisprudencial y parecía superado (un sólo voto particular, en el año 1995)», con lo cual prevé –lo cual para el redactor del voto particular es particularmente negativo– que el retorno a ese criterio «va a producir una importante afectación social, porque puede dar lugar a la inestabilidad de situaciones jurídicas creadas al amparo de nuestra jurisprudencia».

1.2 LA CONSOLIDACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN RIGORISTA DEL ARTÍCULO 633 EN LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR

La realidad es que las ya numerosas Sentencias dictadas desde entonces por el Tribunal Supremo para abordar la misma cuestión no han hecho sino consolidar con total unanimidad el criterio recogido en la Sentencia expuesta¹. La primera Sentencia que reiteró tal criterio fue la de 26 de febrero de 2007, redactada igualmente por Gullón Ballesteros, y en la que se repiten, casi con las mismas palabras, los argumentos ya transcritos. También recibió un voto

¹ Así lo destaca, por ejemplo, GIL RODRÍGUEZ, en «Comentario a la Sentencia de 27 de mayo de 2009», *CCJC*, 84 (2010-3), pp. 1263 ss., p. 1280. Los primeros comentaristas de la Sentencia de 11 de enero de 2007 no pensaban, a la vista del voto particular discrepante, que fuese a ser posible unificar la doctrina en esta materia (vid., PARRA LUCÁN, «Comentario a la Sentencia de Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007», en *CCJC*, 75 (2007-3), pp. 1293 ss., p. 1305).

particular, está vez del Magistrado Xavier O'Callaghan –uno de los tres que se habían adherido al anterior–, donde se insiste, con otra formulación, en las razones ya aducidas por los magistrados discrepantes con el criterio formulado por la Sentencia de 11 de enero de 2007. Pese a dicho voto particular, lo cierto es que a partir de entonces pueden contarse ya en más de quince las Sentencias del Tribunal Supremo que, sin disidencia ni ruptura alguna, insisten en el criterio entonces sentado².

1.3 PROBLEMAS Y PERPLEJIDADES QUE SUSCITA LA DOCTRINA EXPUESTA

Pese al enorme beneficio que para la previsibilidad de las decisiones judiciales tiene el que el Tribunal Supremo haya acogido un criterio unitario en esta materia –luego habré de volver sobre si el anteriormente imperante era tan contradictorio como a veces se dice–, lo cierto es que puede dudarse de que el adoptado por nuestra jurisprudencia desde 2007 sea el más conveniente para la solución de algunos de los conflictos planteados.

² De más antigua a más reciente: Sentencias de 20 de junio de 2007 (Sentencia núm. 684/2007, en un caso de fraude a los legitimarios, en que el argumento formal se emplea como coadyuvante de la nulidad por causa ilícita, típica de la jurisprudencia anterior), 21 de junio de 2007 (Sentencia núm. 733/2007, en un caso en que había también un documento privado, que los donatarios se negaron a elevar a público, fijando cargas), 18 de marzo de 2008 (Sentencia núm. 236/2008, en un caso de fraude de acreedores), 5 de mayo de 2008 (Sentencia núm. 317/2008, en una donación en perjuicio de legitimarios), 17 de octubre de 2008 (Sentencia núm. 977/2008, donde la donante impugnó una donación de acciones a favor de hijos, encubierta en compraventa, y sin entrega –que la hubiese salvado por ser bienes muebles–), 4 de mayo de 2009 (Sentencia núm. 287/2009, en una donación en fraude de legitimarios), 27 de mayo de 2009 (Sentencia núm. 378/2009, en una impugnación por los legitimarios en la que no parece que no hubiese fraude a su legítima, pues la testadora y donante dejó en testamento la mejoría y parte libre a los hijos demandantes declarando que al donatario ya se le ha favorecido con la donación), 21 de diciembre de 2009 (Sentencia núm. 826/2009, en una donación en fraude de legitimarios), 3 de febrero de 2010 (Sentencia núm. 25/2010, en una donación de participaciones sociales de madre a hijo en que la madre-demandante pidió luego la nulidad), 15 noviembre 2011 (Sentencia núm. 824/2011, en una donación en perjuicio de legitimario), 28 de noviembre de 2011 y 26 de marzo de 2012 (RJA 580/2012, y Sentencia núm. 199/2012, respectivamente, de nuevo en donaciones en perjuicio de legitimarios), 30 de abril de 2012 (Sentencia núm. 282/2012, en una nulidad de donación demandada por el donante), 5 de noviembre de 2012 (Sentencia núm. 704/2012, en una impugnación de donación interpuesta por el heredero voluntario del donante), 18 de diciembre de 2012 (Sentencia núm. 747/2012, en que la donante pretendía la revocación por incumplimiento de cargas de una escritura de donación en que éstas no figuraban), 16 de enero de 2013 (Sentencia núm. 828/2012, en que la nulidad fue solicitada por unos herederos voluntarios), 15 de febrero de 2013 (Sentencia núm. 86/2013, en que se reitera la doctrina de la Sentencia de 11 de enero de 2007, pero no dio lugar a la nulidad, pues los demandantes pretendían ejercitar el retracto por la venta simulada) 22 de abril de 2013 (Sentencia núm. 284/2013, nulidad de la posible donación del usufructo sobre un inmueble solicitada por las hijas de la posible donante) y 18 de noviembre de 2014 (Sentencia núm. 683/2014, de nuevo en nulidad solicitada por heredero voluntario). También la de 7 de abril de 2015 (Sentencia núm. 187/2015).

En efecto, esa que la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2013 denomina «interpretación rigorista del requisito formal del artículo 633 del Código Civil» ha provocado una serie de resultados en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que, cuanto menos, suscitan perplejidad, cuando no dejan en el aire la sensación de que no responden a una adecuada ponderación de los intereses en juego. A mi juicio, los grupos de casos problemáticos pueden integrarse en dos: aquéllos en que el Tribunal se ve obligado a rechazar el carácter de donación encubierta de un negocio a fin de evitar la consiguiente nulidad, y aquellos en que la nulidad de la donación encubierta acaba favoreciendo a quien, como el heredero voluntario o abintestato, no parece merecer tal protección.

La mencionada necesidad de no conceptualizar como donación a un negocio de claro perfil lucrativo puede verse en las Sentencias de Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2011 y 8 de noviembre de 2011. En la primera de ellos un padre ya fallecido había vendido una vivienda a los dos hijos que le asistían, por precio confesado del que sólo se ha demostrado pagada una décima parte, habiendo hecho a otro tercer hijo, luego demandante, donaciones menores y pago de préstamos, de forma que no quedaba en modo alguno perjudicado en su legítima. La Sentencia de primera instancia y la Audiencia habían estimado la existencia de una donación remuneratoria eficaz, encubierta en forma de escritura pública de compraventa. El demandante recurre en casación alegando la nulidad del citado negocio, en aplicación de la doctrina fijada desde 2007 sobre nulidad de la donación disimulada de inmuebles. El Tribunal Supremo acepta el recurso, pero asume la instancia y se «permite considerar probada la concurrencia de precio real, que de acuerdo con las valoraciones efectuadas, no resulta extravagante en relación con lo que en el mercado se viene pagando por un inmueble de la misma calidad y en las mismas circunstancias»; entiende que «la existencia del precio se demostró por el efectivo pago de unas cantidades que si bien son de escasa cuantía, demuestran la finalidad del vendedor de no efectuar una donación, sino un contrato oneroso» y, en consecuencia, absuelve a los demandados³. Y la misma necesidad de rechazar la caracterización de un negocio como de donación encubierta se observa en la

³ Sentencia núm. 941/2011. Extremadamente forzada por la finalidad de no apreciar una donación encubierta resulta la argumentación del Tribunal cuando declara que «no ha quedado probada, como correspondía, la concurrencia del deseo de liberalidad del vendedor en el momento de otorgamiento del contrato, y de aquí que no quede probada la simulación. Incluso en el caso que se entendiese que después de efectuada la venta, el vendedor desistió de reclamar el precio, no por ello se convertiría la venta en una donación, puesto que la hipotética condonación del pago del precio debería ser tratada como donación de un bien mueble y no de bienes inmuebles, por lo que no hubiera requerido la escritura pública exigida en el art. 633 CC para su validez».

Sentencia de 8 de noviembre de 2011, también en una compraventa a muy bajo precio, acompañada además de una extraña cláusula reversal, en que el Tribunal Supremo reafirma la nulidad de las donaciones encubiertas de inmuebles, declarando en consecuencia que «en virtud de esta doctrina, no cabe otra cosa que calificar el contrato de autos como compraventa, no donación, tal como han hecho las sentencias de instancia. Tanto más cuanto media la obligación de entrega de una cosa –el local– a cambio de la obligación de pago de un precio –200.000 pesetas– por más que éste sea mezquino dadas las relaciones personales entre las partes».

El segundo grupo de casos que juzgo problemático viene representado por aquellas Sentencias en que la exigencia de que la escritura pública prevista por el artículo 633 sea de donación acaba determinando, en beneficio de un heredero voluntario o abintestato, o incluso del propio donante, la nulidad del negocio de donación encubierto. Que el legitimario, el acreedor al que se pretenden sustraer bienes, o el heredero fideicomisario puedan impugnar un negocio efectiva o virtualmente perjudicial para ellos es algo lógico, en cierto modo impuesto por la necesidad de proteger su posición de terceros respecto al caudal relicito. Sin embargo, que, como sucedía en la ya citada Sentencia de 26 de febrero de 2007, un heredero voluntario o abintestato, mero beneficiario de una disposición gratuita o de una previsión legal subsidiaria, pueda impugnar los actos realizados por su propio causante, aumentando así a costa del fallido donatario el caudal que él ha de percibir, provoca cierta extrañeza, tal y como puso de manifiesto el voto particular que recibió⁴. Y sin embargo a esa solución llegan, en virtud de la doctrina hoy dominante, no sólo esa Sentencia, sino también las de 30 de abril de 2012, 5 de noviembre de 2012, 16 de enero de 2013 y 18 de noviembre de 2014, por más que el propio Tribunal Supremo haya reconocido cierta perplejidad ante el resultado por él alcanzado⁵. Perplejidad y extrañeza igualmente fundados, a mi juicio.

⁴ Lo inadecuado del resultado queda plasmado en las siguientes palabras del mencionado voto particular: «El presente caso es especialmente sangrante. Una persona culta y conocedora del derecho, tras una larga conversación con el notario, celebra en escritura pública una compraventa simulada con el comprador que acepta, como verdadero donatario, como clara donación remuneratoria, como se expresa en la demanda y se recoge en la sentencia (fundamento de derecho preliminar). La donación favorece a persona que había tenido larga relación con el donante y en la sentencia se acoge el pedimento de nulidad que hace el hermano del causante (éste carecía de legitimarios) con el que ninguna relación de cariño le unía. Desde luego, las sentencias de instancia habían mantenido la validez, con cita de numerosas sentencias de esta Sala».

⁵ Valgan las siguientes palabras de una de las Sentencias citadas, la de 16 de enero de 2013, para manifestar la escasa convicción con que el propio Tribunal Supremo acepta ese resultado de su rigurosa doctrina: después de haber rechazado una interpretación más flexible del artículo 633, propuesta por la recurrente, que hubiese permitido salvar la donación encubierta, declara la Sentencia que «en parecidos términos debemos pronunciarnos

cio, cuando es el propio donante el que, como ocurre en las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2008 y 3 de febrero de 2010, regresa sobre sus pasos para solicitar –y lograr– la nulidad por defecto de forma de una donación encubierta que el mismo contribuyó a falsear⁶.

A la vista de estos problemas, me parece que puede ser interesante retornar sobre la situación existente antes de que el Tribunal Supremo consagrarse su actual criterio, para descubrir cuáles eran los problemas que aquejaban al anterior.

2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ANTERIOR AL AÑO 2007

2.1 LA CRÍTICA GENERAL A LA SITUACIÓN DE INCERTIDUMBRE

Ya se ha señalado que, con anterioridad al año 2007, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no mantenía una postura unánime sobre el problema de la validez de la donación de inmueble encubierta en escritura de compraventa, habiendo dado lugar a dos líneas jurisprudenciales contradictorias, una partidaria de entender que el mero hecho de que la donación de inmueble se hubiese realizado en una escritura de compraventa determinaba la nulidad del negocio, y otra defensora de que esa escritura servía para cumplir los requisitos de forma del artículo 633. La mayoría de la doctrina criticaba esta situación, hasta el punto de ser un lugar común en los escritos de muchos autores la afirmación de que cualquier juicio *a priori* sobre la posible validez de una donación encubierta resultaba meramente aleatorio, pues no era posible prever la línea juris-

respecto del argumento, de índole más general, en relación a la mala fe de los actores, ahora recurridos, de no respetar la voluntad de la causante, motivo cuarto del recurso de don Ildefonso y La Herrería, pues si bien es cierto que su actuación no resulta del todo conforme al principio general de buena fe, ya que pudieron impugnar las escrituras de compraventa en vida de la testadora, no obstante, tanto la razón de nulidad expuesta, como el derecho a litigar de los actores en el presente caso, impide que pueda apreciarse ya un ejercicio abusivo del derecho, o bien un ejercicio frontalmente contrario al principio de buena fe».

⁶ Se trataba en realidad, en ambos casos, de donaciones de acciones o participaciones sociales realizadas en escritura de compraventa, y sin entrega. Por tanto, no es un caso de inmuebles, sino de muebles. Pero la argumentación que se emplea es la misma que la que aquí estamos tratando, pues al ser escritura de compraventa y no de donación, y al no haber entrega de la cosa, las Sentencias entienden que no se produjo ninguno de los requisitos –escritura o entrega– que el artículo 632 exige para la donación mobiliaria. En un supuesto parecido, el de la STS de 14 de abril de 2011 (Sentencia núm. 234/2011), el Tribunal salvó la donación porque se había realizado la entrega de las participaciones.

prudencial a que había de acogerse la futura Sentencia sobre la materia⁷.

2.2 LA EXISTENCIA DE CIERTOS CRITERIOS CONSOLIDADOS DE RESOLUCIÓN

Desde luego, no es posible negar que el Tribunal Supremo venía hasta el año 2007 compaginando las citadas dos líneas argumentales, contraria y favorable respectivamente a la suficiencia de la escritura de compraventa para cumplir los requisitos formales de la donación de inmuebles. Pero coincido plenamente con Santos Morón en la opinión de que ambas líneas jurisprudenciales, ciertamente coexistentes, no eran en realidad ambivalentes, sino que el Tribunal Supremo, sin apenas excepción, empleaba una u otra argumentación en función de unos presupuestos totalmente distintos: la práctica totalidad de casos en que el Tribunal Supremo declaró la nulidad de la donación encubierta en escritura pública de compraventa se referían a supuestos en que la pretendida donación se realizaba en perjuicio de un tercero ajeno al negocio –típicamente, un legitimario, pero también herederos-fideicomisarios del donante– o en casos en que existía un problema de consentimiento del donante o una causa de revocación de la donación; en cambio, los supuestos en que el Tribunal Supremo no dudó en sostener la suficiencia de la escritura pública de venta para cubrir los requisitos de forma de la donación de inmuebles se referían fundamentalmente a supuestos en los que, habiendo las partes del negocio simulado alegado y probado la existencia de la donación encubierta, ésta se realizaba sin perjuicio alguno de terceros –legitimarios, acreedores o posibles fideicomisarios defraudados por el donante-heredero fiduciario–. Existiendo, incluso, un número relativamente apreciable de casos en que se sostenía la validez de la donación encubierta pese a la existencia de un perjuicio para terceros, remitiendo a éstos últimos, para la protección de sus derechos, a las acciones tutelares específicas, tales como la acción de reducción de donaciones inoficiosas o la pauliana. Y sin que faltase, finalmente, otro buen número de supuestos en que la falta de convalidación de la donación encubierta no se debía al posible perjuicio de terceros ni a la abstracta falta de requisitos de forma, sino a causas en cierto

⁷ Así, por citar algunos trabajos próximos al año 2007, DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, pp. 219 s.; DURÁN RIVACOBA, *Donación de inmuebles – Forma y simulación*, Pamplona, 2003, pp. 20, 136 ss.; ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, *La donación*, Madrid, 2006, p. 291.

modo procesales, determinadas por el principio de congruencia y la necesidad de prueba de la existencia y licitud del negocio disimulado impuesta por el artículo 1276: cuando las partes del negocio simulado se habían aferrado a defender la existencia de la compraventa, o no habían conseguido demostrar la existencia de la donación encubierta, mal podían los tribunales desprenderse de su vinculación a la *res allegata et probata*. Veamos brevemente cada uno de estos grupos de casos⁸.

Como acabo de decir, en la inmensa mayoría de casos en que el Tribunal Supremo declaró la nulidad del negocio de donación encubierto en escritura pública de compraventa coexistían otros motivos que llevaban por sí mismos a la nulidad del negocio disimulado. Así, lo más habitual es que la donación se hubiese realizado en fraude de herederos forzados, que accionaban entonces en defensa de su derecho y demandando la nulidad por ilicitud causal⁹. Pero tampoco era infrecuente que la causa de nulidad fuese ajena al perjuicio de legitimarios. Así, en otro buen puñado de casos el problema radicaba en que el aparente vendedor tenía limitadas sus facultades de disposición por una sustitución fideicomisaria o una reserva que le impedía desprenderse de sus bienes a título gratuito¹⁰. En otros, que el negocio disimulado había sido otorgado por un apoderado más allá de sus facultades, pues éstas

⁸ Vid, amplia y documentadamente sobre estos criterios, en posición muy cercana a la mía, SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos en el Código civil*, Madrid, 1996, pp. 169 ss.; también, más recientemente, la misma autora en «De nuevo sobre la jurisprudencia en materia de donaciones disimuladas – El retorno a la tesis clásica en la STS de 11 de enero de 2007», *RDPat*, 19 (2007-2), pp. 173 ss., 177 ss.

⁹ Así, en la Sentencia de 20 de junio de 2007 (Sentencia núm. 684/2007), que ya dije que sirve en cierto modo de puente entre la línea jurisprudencial surgida en 2007 y la anterior, pues declara que la nulidad es por causa ilícita –fraude de legitimarios–, pero que también se llegaría a ese resultado por carencia de escritura pública de donación. Y ya con anterioridad a 2007, las de 29 de julio de 2005 (Sentencia núm. 613/2005), 23 de octubre de 2002 (Sentencia núm. 984/2002), 2 de abril de 2001 (Sentencia núm. 314/2001), 1 de abril de 2000 (Sentencia núm. 307/2000), 4 de mayo de 1998 (Sentencia núm. 390/1998), 5 de mayo de 1995 (Sentencia núm. 397/1995), 6 de octubre de 1994 (RJA 7459/1994, en que se acumula el fraude de legitimarios y que la alegación de donación es cuestión nueva), 20 de octubre de 1992 (RJA 8088/1992), 11 de febrero de 1992 (RJA 974/1992, en que de nuevo se acumula el perjuicio de legitimario, y que la alegación de la donación es cuestión nueva), 1 de octubre de 1991 (RJA 7438/1991, en la que se acumula el fraude a una legitimaria, con que apoderado que simuló vender fue más allá de poder concedido, que no le autorizaba a donar), 20 de diciembre de 1985 (RJA 6604/1985), 20 de octubre de 1961 (RJA 3607/1961), 7 de octubre de 1958 (RJA 3406/1958), 23 de junio de 1953 (RJA 1992/1953), 13 de febrero de 1951 (RJA 251/1951), 24 de marzo de 1950 (RJA 711/1950) ó 12 de julio de 1941 (RJA 912/1941).

¹⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1996 (Sentencia núm. 1089/1996), 10 de marzo de 1978 (RJA 811/1978, donde explícitamente se declara que si no fuese en fraude y por tanto con causa ilícita, sí que sería válida la donación encubierta), 28 de febrero de 1974 (RJA 737/1974), 13 de mayo de 1965 (RJA 2594/1965) y 5 de noviembre de 1956 (RJA 4114/1956).

sólo comprendían los actos realizados a título oneroso¹¹. Y en una ocasión, que el donante carecía de voluntad de realizar tal negocio, que hubiese sido nulo, con independencia de la simulación, por la actitud captatoria del donatario¹². Sin que falten algunos supuestos en que se recurría a la nulidad de la donación cuando propiamente lo que debió acogerse fue una revocación por incumplimiento de cargas, una resolución por cumplimiento de la condición resolutoria, o una ineffectuacía por falta del matrimonio previsto en la donación *propter nuptias*¹³. En realidad, apenas puede encontrarse ningún caso antes de 2007 en que, sin que concurriese otra causa, el Tribunal Supremo apreciase la nulidad de la donación por ineptitud de la escritura pública de compraventa para cubrir los requisitos formales del artículo 633¹⁴. Ciertamente, muchas de esas Senten-

¹¹ Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1993 (Sentencia núm. 810/1993), 1 de octubre de 1991 (RJA 7438/1991, en que concurren fraude de legitimaria, y extralimitación del apoderado) y 6 de octubre de 1977 (RJA 3713/1977).

¹² Así, en la Sentencia de 29 de diciembre de 1995 (Sentencia núm. 1118/1995), en la que se estimó que había simulación absoluta, por falta de toda otra voluntad subyacente, también por motivos procesales: el pretendido donatario no había alegado oportunamente la donación.

¹³ Así, en las Sentencias de Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1993 (Sentencia núm. 457/1993), en una compraventa que encubría una donación a unos sobrinos, que en documento privado aparte se comprometían a cuidar a la donante: no se aclara si hubo incumplimiento de cargas, pues la Sentencia es muy breve, pero en cualquier caso es claro que sí que no se cubren los requisitos del 633 si, como es el caso, parte del negocio de donación –las cargas– no están recogidas en documento público; hubo claro incumplimiento de cargas en la Sentencia de Tribunal Supremo de 22 de abril de 1970 (RJA 2029/1970), lo mismo que en la de 1 de diciembre de 1964 (RJA 5572/1964). Las Sentencias de 6 de abril de 2000 (Sentencia núm. 341/2000) y 10 octubre de 1961 (RJA 3293/1961) recogen supuestos de donación encubierta *propter nuptias*, en que no llegó a celebrarse el matrimonio –además, en la primera de ellas el donante no figuraba como vendedor, sino como comprador en comunidad, pagando en realidad todo–. En la de 4 de diciembre de 1975 (RJA 4449/1975) se trataba de una donación encubierta, sometida a resolución si la donante superaba la enfermedad que le aquejaba, como sucedió –además de que sólo en casación los demandados alegaron la donación, con lo cual el Supremo la entendió cuestión nueva–.

¹⁴ Algunos vestigios de esta situación pueden encontrarse en la Sentencia de Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990 (RJA 7462/1990): pero la existencia de donación sólo se alegó en casación, con lo cual el Tribunal no entró en su apreciación por ser cuestión nueva, y se limitó a declarar la simulación absoluta de la compraventa por inexistencia de precio; también una nulidad a favor de herederos voluntarios puede verse en la Sentencia de Tribunal Supremo de 17 de abril de 1985 (RJA 1767/1985), referida no a una donación de inmueble, sino de dinero: el demandado alegó que no había fraude ni otra causa de nulidad, pues los demandantes eran simples herederos abintestato, sin legitimación para impugnar los actos de su causante; pero dicha alegación sólo se realizó en la vista oral de apelación, por lo cual el Tribunal entendió que era cuestión nueva, y además parece que hubo abuso de poder conferido al representante –el cotitular de la cuenta corriente llevó a cabo la donación del dinero cuando el titular estaba a punto de fallecer–; y lo mismo sucede en la de 14 de mayo de 1966 (RJA 2425/1966), en la que también impugnaron la donación unos herederos voluntarios: pero la Sentencia dice que no puede apreciar su posible falta de legitimación pues fue cuestión nueva alegada por el demandado en la vista oral. Igualmente en la de 24 de octubre de 1995 (Sentencia núm. 917/1995), pero de nuevo el problema es de falta de alegación, hasta el punto de que el Supremo hace todo un alegato negando que el heredero voluntario tenga legitimación para impugnar una donación encu-

cias razonan apoyándose, como argumento principal o coadyuvante, en la necesidad de que la escritura pública sea propiamente de donación, sin que dicho requisito pueda ser suplido por una escritura de compraventa. Pero el dato real es que en todos los casos existía otra causa para llegar a ese resultado, y que con frecuencia fue la argumentación basada en ese otro motivo de nulidad el que determinó el fallo¹⁵.

En cambio, como ya he dicho, cuando en la impugnación de la donación encubierta no concurría más causa de nulidad o ineffectuación que la inexistencia de escritura pública de donación, el Tribunal Supremo adoptaba una interpretación flexible del artículo 633, y concluía que la escritura pública de venta bastaba a efectos de cubrir los requisitos de forma. Así, típicamente, en los casos en que el heredero voluntario o abintestato del donante pretendía la nulidad de la donación disimulada realizada por su causante, buscando aumentar de esta forma el caudal relictio¹⁶. Pero también en supuestos en que solicitó la nulidad el propio donante, al parecer por haberse arrepentido de su propósito¹⁷. Y al mismo resultado convallidente de la donación se llegaba cuando se alegó un fraude de acreedores que no se pudo probar, o cuando demandaron quienes, amparándose en el negocio simulado de compraventa, pretendían ejercitar el retracto sobre el bien enajenado, o demandó un posible legitimario futuro cuyo causante aún no había muerto¹⁸. En fin,

bierta, para concluir al final que, con todo, si no se alegó la donación, como aquí sucedió, el Tribunal no puede estimarla sin incurrir en incongruencia.

¹⁵ Así, por citar algunas, argumentan fundamentalmente con una tesis formalista del 633 las Sentencias de 20 de octubre de 1992 (RJA 8088/1992, fraude de legitimarios), 1 de octubre de 1991 (RJA 7438/1991, fraude de legitimarios y extralimitación del apoderado), 6 de octubre de 1977 (RJA 3713/1977, extralimitación del apoderado) o 10 de octubre de 1961 (RJA 3293/1961, donación *propter nuptias* no celebrada). En cambio, argumentan directamente por el fraude y causa ilícita del negocio disimulado las más recientes de 29 de julio de 2005 (Sentencia núm. 613/2005), 23 de octubre de 2002 (Sentencia núm. 984/2002), 2 de abril de 2001 (Sentencia núm. 314/2001) o 1 de abril de 2000 (Sentencia núm. 307/2000; todas ellas, en casos de fraude de legitimarios).

¹⁶ Así, Sentencias de Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2002 (Sentencia núm. 991/2002, pretendía la nulidad una hermana), 1 de febrero de 2002 (Sentencia núm. 50/2002, impugna el heredero testamentario no legitimario), 23 de enero de 1995 (Sentencia núm. 22/1995), 20 de julio de 1993 (Sentencia núm. 799/1993, donación realizada por quien no tenía legitimarios), 2 de abril de 1990 (RJA 2689/1990, donación encubierta realizada por quien no tenía legitimarios), 10 de octubre de 1989 (RJA 6905/1989, en la que el que impugnaba había renunciado a herencia), 16 de octubre de 1965 y 24 de abril de 1961 (RJA 4467/1965 y RJA 2564/1961 respectivamente, impugnaban los herederos voluntarios), 15 de enero de 1959 (RJA 1044/1959, en que impugnaba la validez quien era mero fideicomisario de residuo pudiendo el heredero fiduciario enajenar en vida onerosa y gratuitamente), 2 de junio de 1956 (RJA 2691/1956) y 30 de junio de 1944 (RJA 959/1944, demandaba una heredera abintestata).

¹⁷ Sentencias de Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2003 (Sentencia núm. 89/2003) y 13 de diciembre de 1993 (Sentencia núm. 1188/1993, donde alegó también una ingratitud que no demuestra).

¹⁸ En las Sentencias de Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1993 (Sentencia núm. 314/1993) se pretendió, sin demostrarlo, que la donación era en fraude de acreedores;

aunque fuese por causas procesales, también prevalecía la validez de la donación encubierta cuando el demandante no alegó su condición de heredero forzoso y el consiguiente perjuicio a su legítima, pues entonces el principio de congruencia impedía al Tribunal atender a esa causa de nulidad¹⁹.

En realidad, la única clara ruptura de ese esquema –suficiencia de la escritura de venta cuando no existía otra causa de invalidez, insuficiencia en caso contrario– venía dada por un grupo menor de Sentencias que, en casos en que la donación disimulada entrañaba un perjuicio a la legítima, entendían que no era procedente declarar la nulidad del negocio, sino sólo dejar la puerta abierta a la reducción de la donación por inoficiosa²⁰. Con lo cual concurrían dos líneas jurisprudenciales, una antes citada, más numerosa, que entendía que la donación realizada en fraude a la legítima da lugar siempre a la nulidad –ya sea por ilicitud de la causa del negocio disimulado, según establece el artículo 1276, ya sea apoyándose en la interpretación formalista del 633–, con otra que sostenía que la donación encubierta realizada en perjuicio de legitimarios era válida y eficaz, pero estaba sometida a la acción de reducción de donaciones inoficiosas y a la obligación de colacionar. Por cierto, vale la pena apuntar, esa interpretación menos rigurosa de las consecuencias del fraude aparecía fundamentalmente –aunque no exclusivamente– cuando la donación no era pura y simple, sino remuneratoria: tal vez la presencia de esa causa remuneratoria, contemplada en el artículo 1274, excluía que se considerase el fraude a la legítima como finalidad del negocio, y lo salvaba así de ser considerado nulo por ilicitud causal²¹. Sea como fuere, el resultado de lo hasta ahora dicho es que, así como en todos los casos en

en las de 19 de noviembre de 1992, 22 de enero de 1991 y 16 de noviembre de 1956 (RJA 9417/1992, 306/1991 y 4115/1956, respectivamente) impugnaban la validez quienes querían ejercitar un retracto; en las de 30 de diciembre de 1998 (Sentencia núm. 1251/1998) y 17 de octubre de 1958 (RJA 3098/1958) demandó la nulidad un futuro legitimario, pero aún no había muerto el donante que habría de ser causante.

¹⁹ Así, Sentencias de Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004 (Sentencia núm. 939/2004, en que parece, además, que no habría perjuicio alguno a la legítima) y 21 de enero de 1993 (RJA 481/1993).

²⁰ Así, Sentencias de Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2004 (Sentencia núm. 394/2004), 30 de septiembre de 1995 (Sentencia núm. 832/1995, desgraciadamente, muy poco clara), 3 de mayo de 1995 (Sentencia núm. 405/1995), 14 de marzo de 1995 (Sentencia núm. 222/1995), 29 de noviembre de 1989 (RJA 7921/1989), 23 de septiembre de 1989 (RJA 6352/1989), 9 de mayo de 1988 (RJA 4048/1988), 31 de mayo de 1982 (RJA 2614/1982), 22 de marzo de 1961 (RJA 965/1961), 19 de enero de 1950 (RJA 29/50) y 10 de diciembre de 1904 (CL 1904-3, núm. 92). Las Sentencias que entienden en cambio que la donación con fraude de legítima tiene causa ilícita y procede por tanto su nulidad se refirieron ya en nota 9.

²¹ De las Sentencias citadas en la nota anterior como representativas de esa línea, se refieren a supuestos de donación remuneratoria las de 14 de marzo de 1995, 29 de noviembre de 1989, 9 de mayo de 1988, 31 de mayo de 1982, 22 de marzo de 1961.

que el Tribunal Supremo declaró la nulidad de la donación por defecto de la escritura de venta para cubrir los requisitos de forma del artículo 633 concurría otra causa de nulidad o ineficacia, no todos los casos en que el Tribunal declaró la suficiencia de la escritura de venta están libres de tacha, pues unas veces el perjuicio a la legítima se enfocó como un problema de ilicitud causal, con la consiguiente nulidad, mientras que otras se afrontó como un problema de mera inoficiosidad. Dualidad de soluciones que también podría haberse dado en caso de fraude de acreedores, según se hubiese recurrido a la nulidad o a la pauliana²².

Para completar el cuadro de la situación existente antes de 2007 se debe sumar una serie de Sentencias en que, existiendo una escritura de compraventa que ocultaba una donación de inmueble, el Tribunal Supremo no apreció ni aptitud ni insuficiencia de esa escritura para cumplir los requisitos de forma del artículo 633: son todos aquellos casos en que se demandó la nulidad de la compraventa y la parte demandada no invocó en su momento la existencia de la donación disimulada, sino que se aferró a la validez de una compraventa cuya vaciedad quedó luego demostrada²³. Exigiendo en general las normas procesales la alegación y demostración de

²² La única Sentencia que aborda el problema de una donación disimulada en fraude de acreedores, la de 10 de diciembre de 1904 (CL 1904-3, núm. 92), no decretó la nulidad del negocio, sino su rescisión parcial para pago del acreedor. Pero bien podría pensarse que también podía haber abordado el problema como un supuesto de ilicitud causal por fraude de acreedores.

²³ A tal grupo pueden adscribirse las Sentencias de Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1996 (Sentencia núm. 414/1996, en una donación en claro fraude de legitimarios, pero en que nadie alegó la donación, sino que se sostuvo la compraventa), 24 de octubre de 1995 (Sentencia núm. 917/1995, en la que el Supremo casó la Sentencia de la Audiencia por haber incurrido en incongruencia al dar por existente una simulación relativa no alegada por nadie), 6 de octubre de 1994 y 11 de febrero de 1992 (RJA 7459/1994 y 974/1994, respectivamente, en las que la Sentencia funda la nulidad tanto en el fraude de legitimarios como en que la alegación de la donación es cuestión nueva), 7 de febrero de 1992, 22 de abril de 1991 y 22 de febrero de 1991 (RJA 839/1992, 3013/1991 y 1590/1991, en las que parece que no se alegó donación pues ésta era en fraude de acreedores, y por eso se sostuvo la realidad de la venta), 1 de octubre de 1990 (RJA 7462/1990), 2 de diciembre de 1988 (RJA 9292/1988, en la que un documento privado desdecía la realidad de la venta diciendo que el vendedor seguía siendo propietario), 1 de julio de 1988, 4 de abril de 1988, 24 de febrero de 1986 y 14 de diciembre de 1975 (RJA 5550/1988, 2648/1988, 935/1986 y 4451/1975, respectivamente: en las cuatro la donación se alegó tardía y extemporáneamente, a veces ya en la misma casación, y con frecuencia concurriendo otros problemas), 22 de febrero de 1940 (RJA 102/1940, en la que no se alegó donación, que en cualquier caso provenía de una relación entonces llamada *more uxorio*), y 3 de marzo de 1932 (RJA 941/1932-33, muy citada como iniciadora de la tesis formalista, pero en la que la posible donante no alegó siquiera donación, sino que se empeño en sostener la realidad de la venta). Por más que en algunos de estos casos la argumentación sea muy cercana a la interpretación rigorista del 633 –así, por ejemplo, en las Sentencias de 6 de octubre de 1994 o 24 de febrero de 1986–, la realidad es que las causas de fondo para la nulidad son otras: la imposibilidad de apreciar la validez del negocio disimulado, por no haber sido alegado oportunamente por la demandada, y otra causa concurrente: en la primera Sentencia, fraude de legitimarios, en la segunda, existencia de una donación *mortis causa*, no admitida por nuestro ordenamiento.

los hechos y pretensiones por las partes (arts. 216 y 218 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil), y en particular las normas civiles la alegación y demostración de la simulación relativa (art. 1276 del Código Civil), es lógico que en tales casos el Tribunal Supremo no pudiera hacer otra cosa que declarar la nulidad del negocio simulado, sin estimar la validez de un negocio disimulado que no se invocó oportunamente.

Resumen de todo lo dicho es que, a mi juicio, no pueda hablarse para la jurisprudencia anterior a 2007 de una situación caótica o contradictoria, sino de una línea jurisprudencial consolidada partidaria de una interpretación flexible del artículo 633. Lo cual no significa, lógicamente, que dicha línea jurisprudencial esté exenta de críticas. De hecho, tal vez sea llegado el momento, una vez expuestas esas soluciones jurisprudenciales, de analizarlas de cerca desde un plano más doctrinal, exponiendo los pros y contras que pueden presentar cada una de ellas.

3. LAS DIVERSAS RESPUESTAS TEÓRICAS AL PROBLEMA

3.1 LA VALIDEZ *A PRIORI* Y LA DEFENSA DEL PERJUDICADO MEDIANTE REMEDIOS ESPECÍFICOS

Yendo de una postura más flexible a otra más estricta, la primera solución al problema de la posible validez de una donación de inmueble disimulada en escritura pública de compraventa –o de otro negocio oneroso, aunque eso sea inusual– es la que he dicho que sostenía una línea jurisprudencial menor con anterioridad a 2007: entender que la escritura pública de compraventa cubre los requisitos de forma del artículo 633, y que, todo lo más, si existe un perjudicado por la donación, éste deberá acudir a los remedios específicos que el ordenamiento pone a su disposición: típicamente, la acción de reducción de donaciones inoficiosas en casos de perjuicio a la legítima, la acción pauliana en caso de fraude de acreedores, y la acción de impugnación de enajenaciones gratuitas, en caso de fraude al heredero fideicomisario. Si no existe un perjuicio contra tercero, sino un problema de voluntad del propio donante, como vimos en la jurisprudencia que sucedía en algunas ocasiones, éste no contará con otros remedios que los generales con que contaría si el negocio hubiese sido realizado sin simulación alguna: acción de nulidad por falta de consentimiento, dolo, etc. Al fin y al cabo, la clave de interpretación de esta tesis es que la escritura

pública cumple los requisitos del artículo 633 y, una vez levantada la simulación y descubierto el negocio disimulado, las partes se encontrarán con las mismas acciones con que se encontrarían si el negocio se hubiese realizado abierta y manifiestamente.

Este criterio favorable a la validez de la donación disimulada en escritura pública de compraventa fue el preponderante entre nuestros autores hasta mediados del siglo pasado, y fue sostenida hasta el final por autores de la talla de Lacruz y Vallet de Goytisolo²⁴. Como ya he dicho, pervivió hasta 2007 en nuestra jurisprudencia. Entiende que la escritura pública exigida por el 633 no ha de ser una determinada y, llegado el caso, fuerza el argumento entendiendo que lo que el notario autorizó era realmente un contrato de donación²⁵. A su favor actúa, preferentemente, el respeto a la voluntad del disponente en aquello que no sea contrario a la ley, y la consideración de que, con frecuencia, las causas para llevar a cabo un negocio relativamente simulado, y en concreto esta donación, no son el afán de defraudar, sino el interés lícito y atendible de no revelar a terceros los perfiles de las propias actuaciones²⁶.

Pero en su contra pueden aducirse argumentos de gran peso. Así, como dijo don Federico de Castro, esta tesis fomenta en cierto modo la simulación y el fraude pues si «la aplicación estricta del artículo 633 del Código Civil significa que descubierto el engaño resulta nula la donación y quizás –si ocurre después de muerto el donante– sin posibilidad de hacerla de nuevo de modo eficaz», la tesis flexible recién expuesta «pudiera llevar a la conclusión de que, se descubra o no el artificio, la donación será siempre válida;

²⁴ Vid. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, pp. 542; VALLET DE GOYTISOLO, «La donación de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 591 ss., 666 s.; vid. una relación de autores anteriores que sostuvieron la misma posición en *ibidem* pp. 662 ss.

²⁵ Así, frente a un recurrente en casación que alegaba la falta de escritura de donación en el negocio disimulado de donación de inmuebles, declaraba la Sentencia de Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1995 (Sentencia núm. 832/1995) que «si bajo el negocio simulado existe el negocio disimulado, la forma de éste será la propia del simulacro y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio a que pertenece cumple con el requisito formal correspondiente; yerra por tanto el recurrente, al estimar que la exigencia de la escritura pública para la donación no se cumple aplicando lo que el Notario autorizó como contrato de compraventa, puesto que en verdad el Notario estaba autorizando un contrato de donación». En el mismo sentido las Sentencias de Tribunal Supremo de 22 de enero de 1991 (RJA 306/1991), 23 de septiembre de 1989 (RJA 6352/1989), 9 de mayo de 1988 (RJA 4048/1988).

²⁶ Así, Fuenmayor, aunque se inclina por entender que la donación encubierta en escritura de compraventa que pretende defraudar los derechos de terceros incurre en ilicitud causal –tal y como expone la siguiente tesis que a continuación expondré–, admite que puede haber casos en que la finalidad de la simulación no tenga nada que ver con la ilicitud, como el de aquél donante que, respetando la legítima, quiera favorecer a un hijo evitando susceptibilidades en sus hermanos (FUENMAYOR CHAMPÍN, «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1948-1, pp. 46 ss., 57).

de modo que resultará aconsejable el uso de la simulación, ya que nada se perderá y mucho se puede ganar con su empleo»²⁷. Pero es que, además, ese estímulo del fraude no se produciría sólo indirectamente, por falta de toda penalización a su empleo, sino por vía directa, tal y como recogió la varias veces citada Sentencia de 11 de enero de 2007 que condenó dicha tesis, pues «el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad)». A lo que todavía se podría sumar un dato que, a mi parecer, estuvo muy presente en la mente de magistrados propulsores de la Sentencia recién citada, en la que la donación escondía un claro fraude de acreedores que las sentencias de instancia no apreciaron por dar por prescrita la acción: que las acciones específicas de protección de acreedores y legitimarios pueden tener un demasiado breve plazo de prescripción o caducidad –cuatro años de caducidad de la pauliana, según el artículo 1299.

3.2 LA VALIDEZ A *PRIORI* Y EL REMEDIO GENERAL DE LA CAUSA ILÍCITA

Como vimos antes, a salvo la línea jurisprudencial menor partidaria de la tesis recién expuesta, era ésta la postura que parecía uniformemente sostenida por la jurisprudencia con anterioridad a 2007²⁸. En síntesis, parte también de la suficiencia de la escritura pública de venta para cubrir los requisitos de forma del artículo 633, entendiendo como la anterior que nos encontraremos ante un supuesto de simulación relativa admitida a la luz del artículo 1276

²⁷ Así, DE CASTRO, «La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble», *ADC*, 1953, p. 1003. Igualmente, POVEDA BERNAL, *Relajación formal de la donación*, Madrid, 2004, p. 148.

²⁸ Entre la jurisprudencia, insisten explícitamente en el ilicitud causal de la donación disimulada realizada en fraude de terceros las Sentencias de Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007 (Sentencia núm. 684/2007), 29 de julio de 2005 (Sentencia núm. 613/2005), 23 de octubre de 2002 (Sentencia núm. 984/2002), 2 de abril de 2001 (Sentencia núm. 314/2001), 4 de mayo de 1998 (Sentencia núm. 390/1998), 20 de diciembre de 1996 (Sentencia núm. 1089/1996), 5 de mayo de 1995 (Sentencia núm. 397/1995), 11 de diciembre de 1986 (RJA 7432/1986), 20 de diciembre de 1985 (RJA 6604/1985), 10 de marzo de 1978 (RJA 811/1978), 20 de octubre de 1961 (RJA 3607/1961), 7 de octubre de 1958 (RJA 3406/1958), 23 de junio de 1953 (RJA 1992/1953), 13 de febrero de 1951 (RJA 251/1951), 24 de marzo de 1950 (RJA 711/1950), 12 de julio de 1941 (RJA 912/1941). En la doctrina, Fuenmayor Champín, «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1948-1, pp. 46 ss., 56 s.

del Código Civil. Pero el rasgo característico de esta tesis es que sostiene que, cuando por medio de donación encubierta se ha pretendido defraudar los derechos de un tercero –legitimarios, acreedores, fideicomisarios–, el propio negocio disimulado de donación incurre en ilicitud causal, procediendo por tanto la declaración de nulidad sin salvación de elemento alguno.

Esta tesis comparte los aciertos con la anteriormente descrita: el respeto a la voluntad del disponente en lo que no sea contrario a la ley y la consideración de que, en numerosos casos, la finalidad del encubrimiento no es defraudar a terceros. Evita además algunos de sus problemas, salvando el reproche que dirigió de Castro a aquella tesis, pues no puede ya decirse que descubierto el artificio y la finalidad defraudatoria el resultado sea el mismo que si la donación se hubiese realizado sin encubrimiento alguno: ahora la donación entera resultará nula, y no simplemente impugnable o reducible en lo que perjudique al tercero. Se introduce por tanto un claro elemento penalizador del fraude. Y además, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad por ilicitud causal evita que el transcurso del tiempo –lógicamente, más largo cuando ha de descubrirse un fraude que cuando el perjuicio se realizó manifiestamente– pueda frustrar el derecho de los terceros perjudicados.

Con todo, sigue quedando un argumento de mucho peso en contra de esta interpretación, el que ya recogió la Sentencia de 11 de enero de 2007: que su acogimiento impone al perjudicado una doble carga, en cuanto que primero tendrá que litigar y probar la simulación y, una vez conseguido, combatir el negocio disimulado como perjudicial para sus derechos. A lo que hay que sumar que presenta un grave problema de construcción teórica, precisamente el que hizo que Vallet y Lacruz no se inclinasen por ella: dado que la tesis parte de que el negocio simulado de compraventa es meramente aparente, y lo realmente querido es una donación disimulada, no se sabe en qué se funda la reiterada afirmación de la jurisprudencia de que la donación encubierta en perjuicio de terceros incurre en causa ilícita mientras que la realizada sin encubrimiento alguno se tiene por válida pero sometida a reducción o impugnación²⁹. Si el problema es de simulación relativa, descubierto el negocio disimulado, sus consecuencias habrán de ser las mismas que si se hubiese realizado manifiestamente, sin que quiera distinguir las consecuencias en cuanto a la licitud de la causa por el hecho del encubrimiento³⁰.

²⁹ Vid, entre las últimas Sentencias que sostuvieron este punto de vista, las de 20 de junio de 2007 y 23 de octubre de 2002.

³⁰ Como dice Vallet «destruido el artificio simulado y descubierto el negocio disimulado, también queda destruido el fraude, puesto que cara a cara de la Ley queda el

3.3 LA EXIGENCIA EN TODO CASO DE UNA ESCRITURA PÚBLICA DE DONACIÓN

Se trata de la postura acogida por nuestra jurisprudencia desde 2007 y alentada ya antes por muchos autores. Su impulsor fundamental fue el profesor de Castro, hasta el punto de que puede decirse que su toma de posición originó un giro en la doctrina mayoritaria hasta ese momento³¹.

La tesis, como es bien sabido, sostiene simple y llanamente que la escritura pública exigida por el artículo 633 ha de ser ella misma de donación. En consecuencia, cualquier intento de prescindir de esa específica escritura estará condenado al fracaso, en cuanto que producirá la nulidad del negocio mismo por falta de forma. Y esto, con independencia de quién sea el tercero que solicite la nulidad – legítimo, acreedor defraudado, heredero voluntario o abintestato, donante mismo – y de cuál sea la entidad del perjuicio causado. La nulidad se impone aquí como un resultado *a priori*, que evita una ponderación de las circunstancias del caso.

La tesis presenta una serie de ventajas claras: no es la menor la homogeneidad que provoca en todos los casos enjuiciados, pues las soluciones serán siempre idénticas con independencia de los hechos. Desincentiva completamente el fraude, incluso el fiscal, pues las partes del negocio saben que éste perderá cualquier eficacia tan pronto un tercero demuestre su carácter encubierto. Además, y esto es muy importante, elude el problema que compartían las dos tesis anteriores, en cuanto que evita al perjudicado por la donación encubierta una doble carga probatoria, primero referida a la simulación, y luego al perjuicio. Aquí, la propia prueba de la simulación entraña la declaración de nulidad del negocio. Y, lógicamente, impide que el transcurso del tiempo pueda llevar consigo la convalidación del negocio por prescripción o caducidad de las acciones para impugnarlo.

Pero frente a todas esas ventajas se sitúan unas desventajas que ya fueron aludidas en otro momento. Así, esta postura implica acoger las pretensiones de nulidad del negocio planteadas por personas que difícilmente pueden considerarse, a la vista de los intereses

negocio disimulado al que directamente puede aplicársele ésta. En él no hay fraude, el fraude se intentó con la simulación que ha sido descubierta y consiguientemente destruida» (VALLET DE GOYTISOLO, «La donación de bienes inmuebles...», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, p. 666). De forma parecida, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, p. 544.

³¹ Su trabajo básico en esta materia ya se indicó antes: «La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble», *ADC*, 1953, pp. 1003 ss.; vid. también *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 353 ss.

en juego, como mercedoras de esa protección, como es el heredero voluntario o abintestato, que puede aprovecharla para obtener, mediante la nulidad del negocio emprendido por su causante, un aumento del caudal relicto. Ciertamente, resulta lógico que eso lo pueda hacer un legitimario, al menos en cuanto que la donación perjudique su legítima. Pero no parece del todo congruente que impugne el negocio el heredero no legitimario, pues, como ha dicho Díez-Picazo resumiendo el parecer de la jurisprudencia «a nadie es lícito desconocer la eficacia de los actos realizados por su causante», y el heredero voluntario o abintestato, como sucesor universal, no cuenta con una legitimación externa para oponerse a los actos realizados por aquél³². Y, además, no se trata sólo de la impugnación por el heredero no legitimario, sino que vimos también que esta tesis da lugar a la posibilidad de impugnar por el propio donante al que, de este modo, se le atribuiría un derecho de revocación ilimitado, con el abuso que frente al donatario puede llevar consigo que impugne la donación el mismo que, con su actuación, contribuyó a crear la causa de nulidad que luego alega.

3.4 LA DIFÍCIL ELECCIÓN DE LA VÍA ADECUADA

A la vista de lo dicho, parece claro que ninguna de las posiciones expuestas, tampoco la actualmente en vigor en nuestra jurisprudencia, responde satisfactoriamente a la pluralidad de puntos de vista e intereses en juego que conviene integrar en la solución. La primera tesis tiene un particular respeto por la voluntad del dispónente, pero estimula el fraude con su pasividad en su represión, y carga al perjudicado con una doble exigencia de litigar y probar simulación y fraude que resulta a todas luces excesiva. La segunda soluciona algunas de estas cuestiones, pero mantiene el problema de la grave carga de prueba que impone al perjudicado. Mientras que la tercera, claramente restrictiva en ese punto, lleva consigo el grave efecto de proteger a quien, como el heredero voluntario o el propio donante, no parece merecer tal protección.

En esta situación, no es fácil tomar ninguna opción. De antemano hay que decir que, cualquiera que se tome, debe ser muy ponderada, y tener muy en cuenta el giro jurisprudencial de 2007, pues los cambios de criterio siempre se han revelado muy peligrosos en materia judicial. Pero el elemento fundamental a la hora de decidir entre las teorías expuestas habrá de ser el propio artículo 633 del Código Civil, pues la elección entre las diversas soluciones en liza

³² DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, p. 232.

deberá hacerse en función de cuál de ellas sea la más congruente con dicho artículo. Se impone, por tanto, realizar un análisis de la citada norma y sus fundamentos, para determinar luego qué solución es la más coherente con el sistema diseñado por el Código Civil.

4. EL ARTÍCULO 633 Y LOS FUNDAMENTOS DE LA EXIGENCIA DE ESCRITURA PÚBLICA EN LA DONACIÓN DE INMUEBLES

4.1 LA AMBIVALENCIA DEL ARTÍCULO 633 Y LOS ESCASOS RESULTADOS DE LA INTERPRETACIÓN GRAMATICAL Y SOCIOLOGICA

A la hora de interpretar el artículo 633 del Código Civil, parece obligado acudir a los criterios previstos por el artículo 3.1 del propio texto legal: las comúnmente llamadas interpretación gramatical, sociológica, histórica y teleológica.

A mi juicio, el texto del artículo 633 no responde en modo alguno a la pregunta de si la escritura pública exigida para la donación de inmueble ha de ser propiamente de donación, o basta otra escritura que sirva para encubrir ese acto dispositivo. Podría decirse que la norma trasciende esa cuestión, que ni siquiera parece plantearse. El artículo se limita a imponer la forma de escritura pública para la donación de inmueble, y presupone en cierto modo que esa escritura será efectivamente de donación. Pero ni prevé ni excluye la suficiencia o insuficiencia de otra escritura pública: su texto, como no podía ser de otra manera, está pensado para el supuesto ordinario, y no para el anómalo de la simulación. Su frase primera, ciertamente, apoyará más la suficiencia de la escritura pública simulada, pues no adjetiva el tipo de escritura pública exigido –y a salvo el problema de la necesidad de expresar la posible existencia de cargas–, mientras que el párrafo segundo, al hablar de «escritura pública de donación» puede dar más apoyo a una interpretación más estricta. Pero creo que hay que aceptar que el problema con el que nos enfrentamos no está resuelto en el propio texto del artículo.

Si la interpretación gramatical del artículo no sirve para alumbrar la cuestión, creo que tampoco la sociológica será determinante. Aunque excede plenamente de la metodología y fines de este trabajo, no me parece excesivamente atrevido afirmar que la reprobación de las conductas fraudulentas es un valor que ha ido ganando creciente peso en nuestra sociedad en los últimos años y que la

interpretación formalista del 633, en cuanto dificulta el empleo de medios defraudatorios indirectos, parece especialmente conforme con esa actitud; pero el argumento no me parece concluyente, más aún si se tiene en cuenta que la libertad es valor supremo de nuestro sistema, y que la represión del fraude cuenta con sus instrumentos propios en las interpretaciones más flexibles del artículo en cuestión –causa ilícita, acciones de defensa de acreedores y legitimarios.

Si de la interpretación gramatical y sociológica del artículo 633 no se deduce ningún resultado decisivo para resolver el problema planteado, parece necesario acudir a los criterios histórico y teleológico. Este último si puede arrojar un dato determinante. En efecto, aunque la cuestión no ha sido en exceso tratada, no puede desconocerse que los partidarios de la aptitud de la escritura pública de venta a efectos del 633 entienden que la función de ésta es sólo asegurar la libertad y reflexión del donante en el acto dispositivo, concluyendo de ahí que cualquier escritura pública sirve a dichos fines, pues será el hecho mismo de comparecer ante notario el que asegura la seriedad del disponente. Mientras que los que niegan la suficiencia de cualquier tipo de escritura para cubrir las exigencias del 633, lo hacen por entender que la escritura cumple una segunda finalidad, a saber, proteger a los terceros alertándoles de las enajenaciones gratuitas del disponente; función que sólo podrá cumplirse si la escritura pública es de donación, pues la constancia de una simulada disposición onerosa no les prevendría contra el posible riesgo de perjuicio a su derecho³³. En consecuencia, parece necesario rastrear en los antecedentes inmediatos del Código cuáles fueron los motivos que llevaron a sus redactores a exigir la forma de escritura pública en la donación de inmuebles. Pues, según pretendieran una finalidad u otra, podremos decidir qué tesis ha de ser acogida en nuestro ordenamiento.

4.2 LA FUNCIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA A LA LUZ DE SUS ANTECEDENTES

La realidad es que, desde el siglo XVIII, parece claro que las finalidades de autores y legislador al exigir la forma de escritura pública en la donación de inmuebles es doble: tanto asegurar la libertad y

³³ Pueden verse estos dos modos de argumentación, respectivamente, en VALLET DE GOYTISOLO, «La donación de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, p. 609; y DE CASTRO, «La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble», *ADC*, 1953, p. 1005. También éste último en *El negocio jurídico*, p. 354.

seriedad del donante al realizar un acto de disposición gratuito de carácter irrevocable, como la necesidad de proteger a los terceros, titulares de derechos actuales o futuros sobre ese patrimonio –acreedores, fideicomisarios, legitimarios–, frente a la conducta del disponente que se desprende gratuitamente de sus bienes. Así, José Febreiro, refiriéndose al requisito de documentación fijado por Partidas 5.4.9 para las donaciones que excedan de cierta cuantía, declara que se impone «para que donación tan excesiva sea hecha con mayor deliberación, y conocimiento, y se eviten fraudes»³⁴. Y si bien hay autores que sólo insisten en una de estas funciones, como Asso y de Manuel, que juzgan que la finalidad de la escritura es evitar los perjuicios de los hijos, o Juan Sala, que en cambio sólo menciona el riesgo de falta de reflexión del disponente, la realidad es que el Proyecto de 1851 parece acoger ambas funciones, pues García Goyena, comentando la exigencia de escritura pública del artículo 946, precedente inmediato al 633, declara que «las donaciones son muchas veces obra de la sugestión, de la sorpresa y asechanza; otras veces se hacen para defraudar los derechos de un tercero, *clandestinis ac domesticis fraudibus*, ley 21, título 54, libro 8 del Código: además, la presunción de donar es resistida por derecho, y debe constar claramente la voluntad expresa de hacerlo; la escritura pública aleja, al menos en parte, estos inconvenientes»³⁵. Es más, puede decirse incluso que la finalidad de evitar los fraudes a terceros fue la que más pesó en el definitivo 633 del Código, ya que, aunque el artículo es trasunto casi literal del citado 946 del Proyecto, lo cierto es que en la base 26 de la Ley de Bases de 1888 sólo se insistió en la necesidad de instrumentar en el Código «cuanto tienda a evitar los perjuicios que de las donaciones pudieran seguirse a los hijos del donante, o a sus legítimos acreedores o a los derechos de tercero».

Si admitidos, como parece coherente, que la finalidad de la escritura pública es tanto certificar la libertad y reflexión del donante, como prevenir el posible fraude de terceros, hay que entender que dichas finalidades plantean diversas exigencias en cuanto a la escritura pública. La función de evitar actos de irreflexiva generosidad puede cumplirla cualquier escritura pública, también la que no es de donación: lo fundamental para este fin es la reflexión que impone el hecho de acudir ante notario, en la medida que su presencia impide la precipitación en la realización del acto.

³⁴ FEBRERO, *Librería de Escribanos*, parte primera, tomo primero, Madrid, 1789 (facsimil, Madrid, 1991), p. 377.

³⁵ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, I-II, Barcelona, 1973, p. 292. Vid. también JORDÁN DE ASSO/DE MANUEL, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1805, p. 165; Juan SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, II, Coruña, 1837 (reimp. Pamplona, 2002), p. 37.

Desde este punto de vista, no existe, por tanto, problema alguno en que la donación se instrumente en escritura pública de venta.

En cambio, la finalidad de protección de terceros titulares de un derecho actual o expectante sobre el patrimonio del donante sólo la realiza la escritura pública de donación, y no otra de un negocio oneroso. En sí, y salvo que se hagan precisamente en la modalidad de *negotium mixtum cum donatione* –y entonces, precisamente, por ese elemento de liberalidad–, los negocios realizados a título oneroso no perjudican a esos terceros, pues en ellos la existencia de una contraprestación impide el perjuicio mismo. En consecuencia, la constancia de un negocio simulado oneroso sobre un inmueble –advertida, típicamente, a través de su inscripción en el Registro–, no alertará a legitimarios, acreedores o fideicomisarios del menoscabo sufrido por su derecho: sólo la constancia manifiesta de que el negocio dispositivo es una donación les pondrá sobre aviso para emplear las oportunas acciones de impugnación del acto lesivo.

Por tanto, podemos ahora suscribir con seguridad la tesis de que la donación de inmueble, para su validez, requiere escritura pública de donación, sin que ésta pueda ser suplida por una de compraventa. Sólo la escritura pública de donación cumple las dos funciones atribuidas a dicha forma, a saber, asegurar la reflexión del donante y advertir a los legitimarios, acreedores insatisfechos y fideicomisarios del posible perjuicio de su derecho. Una escritura de venta cumpliría ciertamente la primera función, pero no protegería la posición de los mencionados terceros, y debe por tanto rechazarse como insuficiente a efectos del artículo 633.

Sin embargo, lo dicho no significa que haya que aceptar todos los resultados que del giro jurisprudencial de 2007 se han deducido, precisamente porque se ha de distinguir según la escritura pública de venta haya cumplido o no, respecto al sujeto que impugna, la función para el que la previó el legislador. Dado que la escritura pública de venta no cumple la finalidad de proteger a los terceros titulares de derechos actuales o en expectativa sobre el patrimonio del donante, es lógico que éstos puedan, en todo caso, obtener la nulidad del negocio de donación encubierto en ella; esa escritura no cumple la función protectora para la que la previó el legislador y su empleo mismo resulta perjudicial para legitimarios, fideicomisarios y acreedores insatisfechos.

En cambio, la situación cambia cuando el que impugna el negocio disimulado es el propio donante o su heredero no legitimario. Aquí la escritura pública de compraventa, lo hemos visto, ha cumplido su función de imponer una cierta reflexión y seriedad en la decisión de donar. El hecho de que la escritura hubiese sido de

donación no hubiese aumentado su conciencia de la gravedad patrimonial del acto. En consecuencia, parece un tanto abusivo que el donante o su heredero voluntario o abintestato aprovechen el defecto de escritura pública de donación, exigida para proteger a los terceros, para basar una pretensión de nulidad, siendo así que su posición no sufrió detrimiento alguno por ese motivo. Y sin embargo a esta solución se ha visto abocado con relativa frecuencia el Tribunal Supremo a partir de 2007, en virtud de su adopción del criterio de que la donación encubierta en escritura pública de compraventa no cumple en general los requisitos de forma del artículo 633³⁶.

Se impone, por tanto, hacer una tentativa de evitar esos resultados excesivos, de forma que la escritura pública de venta simulada, en cuanto suficiente para cumplir la finalidad buscada por la norma en relación con los herederos voluntarios o el donante, no pueda ser impugnada por éstos, mientras que lo pueda ser siempre por parte de legitimarios, acreedores insatisfechos o fideicomisarios. Pero previamente, y antes de realizar ese intento, conviene llevar a cabo un par de aclaraciones, la primera referida a la posición del heredero voluntario o abintestato, y la segunda a la posición del legitimario.

En cuanto al heredero no legitimario, conviene tener en cuenta que lo inapropiado de concederle un derecho a impugnar los actos realizados por su causante más allá del que éste tendría se basa en la idea de sucesión a título universal, en virtud de la cual el heredero subentra en la generalidad de relaciones jurídicas del causante sin alterar su condición: los actos del causante devienen ahora actos propios suyos (arts. 1218 y 1257). Ciertamente, como ha dicho el Tribunal Supremo, es técnicamente incorrecta la idea de que el heredero es «continuador de la personalidad del causante», pues la personalidad se extingue con el fallecimiento; pero sí es verdad que el heredero ocupa la misma posición que su causante, sin que del hecho mismo de la sucesión se derive una ampliación de las facultades que a aquél correspondían³⁷.

Y en cuanto al heredero forzoso, me parece necesario rechazar las declaraciones de alguna jurisprudencia anterior a 2007 de que

³⁶ Como ya se dijo en el epígrafe primero, el Tribunal Supremo, a partir de la admisión de la tesis formalista en 2007, ha declarado a instancias del propio donante la nulidad de la donación encubierta en las Sentencias de 17 de octubre de 2008 y 3 de febrero de 2010. Y ha apreciado, en favor de herederos voluntarios o abintestato, la nulidad de la donación encubierta en las Sentencias de 26 de febrero de 2007, 30 de abril de 2012, 5 de noviembre de 2012 y 16 de enero de 2013.

³⁷ Vid, al respecto, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, pp. 21 ss. y 104 ss.; en la doctrina alemana más reciente, y en perspectiva histórica, ha subrayado este punto de vista WACKE, «*Erbrechtliche Sukzession als Persönlichkeitsforsetzung? – Personelle Identifikation mit dem Verstorbenen oder Rollenverschiedenheit von Nachlassinhaber und Erben. Rechtsgeschäftliche Abwicklung versus Konfusion*», *SZ (RA)*, 123 (2006), pp. 197 ss.

la donación encubierta no le perjudica cuando, por su cuantía, puede ser imputada al tercio de libre disposición³⁸. A mi juicio, la donación oculta, aun cuando quepa en el tercio libre, le es siempre perjudicial al legitimario, no sólo porque la realizada a otro heredero forzoso, y salvo que el donante hubiese declarado lo contrario – supuesto harto extraño en un negocio disimulado –, debiera colacionarse a efectos de legítimas, sino porque reduce el patrimonio sobre el que se calcula la legítima misma (art. 818), abriendo por tanto la posibilidad a perjudicar su derecho. En consecuencia, siendo una de las funciones de la escritura pública proteger a legitimarios, acreedores insatisfechos y fideicomisarios, y siendo siempre necesario para su protección que la escritura pública lo sea efectivamente de donación, es consecuente con la finalidad de la norma apreciar la nulidad del negocio disimulado por el hecho mismo de que haya prescindido de la forma prevista.

5. DOS TENTATIVAS DE LIMITAR LA IMPUGNACIÓN DE LA DONACIÓN ENCUBIERTA

La conveniencia de restringir la posible impugnación de la donación encubierta en escritura pública de compraventa ha sido una necesidad sentida también por la doctrina y la jurisprudencia, que han ensayado algunas vías en busca de ese objetivo. Un primer camino, transitado sobre todo por cierta jurisprudencia anterior a 2007, apuntaba a la falta de legitimación del heredero voluntario para impugnar un negocio relativamente simulado. Otro, más cercano a la doctrina, ha señalado la posible aplicación de la doctrina de los actos propios. Conviene empezar estudiándolos para ver en qué medida pueden ser vías apropiadas para conseguir ese objetivo.

5.1 LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL DONANTE, HEREDERO VOLUNTARIO O ABINTESTATO PARA INVOCAR LA SIMULACIÓN RELATIVA

Existe, en la jurisprudencia anterior a 2007, una línea jurisprudencial consolidada que venía sosteniendo que el heredero voluntario o abintestato carecía de legitimación para impugnar la dona-

³⁸ Así, Sentencias de Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1966 (RJA 4721/1966) y, en cuanto al fondo, 29 enero de 1945 (no figura en el RJA, y no me ha sido accesible la Colección Legislativa; pero la transcribe VALLET, en el artículo ya citado de «Estudios sobre donaciones», pp. 621 ss.).

ción disimulada en escritura pública de venta, ya que ellos eran meros continuadores de la posición de su causante, al que tampoco correspondía esa facultad impugnatoria³⁹. Entendían estas Sentencias que uno de los rasgos que precisamente diferenciaban la posición de los herederos legitimarios de la de los voluntarios o abintestato era que los primeros estaban legitimados para impugnar tanto por simulación absoluta como relativa los actos de su causante, mientras que los segundos carecían de la facultad de invocar la simulación relativa. Y de ahí deducían que, configurada la donación encubierta como una anomalía contractual encuadrable dentro de la simulación relativa, el causante y sus herederos no legitimarios no se hallaban facultados para invocar la falta de forma del negocio disimulado, pues ni siquiera podían denunciar la simulación misma⁴⁰.

³⁹ Así, Sentencias de Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002 (Sentencia núm. 50/2002), 24 de octubre de 1995 (Sentencia núm. 917/1995, aunque luego no acepta esa aplicación concreta, por entender que la donación nunca fue invocada por la demandada, y se incurría por tanto en incongruencia), 10 de octubre de 1989 (RJA 6905/1989), 14 de noviembre de 1986 (RJA 6392/1986), 7 de marzo de 1980 (RJA 845/1980), 16 de octubre de 1965 (RJA 4467/1965), 21 de marzo de 1964 (RJA 1689/1964), 26 de octubre de 1962 (RJA 4075/1962), 3 de abril de 1962 (RJA 1847/1962), 24 de abril de 1961 (RJA 2564/1961) y 30 de junio de 1944 (RJA 959/1944).

⁴⁰ Particularmente expresivas de la diferenciación de la posición del heredero legítimo de la del heredero voluntario o abintestato y de su causante pueden ser las siguientes palabras de la Sentencia de Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1995: «En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha distinguido a los fines de reconocer legitimación (otras veces dice “acción”, concepto equivalente según la teoría abstracta o concreta en que se profese del derecho de accionar) entre la que tienen los herederos legitimarios y la que corresponde a los herederos voluntarios, o simplemente *ab intestato*. Mantiene así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 abril 1962 que la jurisprudencia siempre ha reconocido la legitimación del heredero forzoso para impugnar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante, habiendo proclamado la de 19 enero 1950, que como resulta de lo declarado en Sentencias de 11 octubre 1943 y 12 abril 1944, el hecho de la sucesión con las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuando por tal simulación pueden resultar afectados los derechos legitimarios de aquél, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se les otorga sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disminuirlos, y en tal supuesto su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*, sino que se asimila en ese aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación, distinción razonable conforme al Derecho y a la equidad, que legitima al heredero forzoso para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión. En lo que concierne al heredero voluntario puede impugnar los actos de simulación absoluta [...]. Que los herederos voluntarios no vienen legitimados para la impugnación de la simulación relativa por no existir este derecho a su causante, según resulta del artículo 1302 del Código Civil y por consiguiente no habérseles podido transmitir *mortis causa*, y en este sentido debe entenderse la Sentencia de esta Sala de 30 junio 1944 en que se declara que para el ejercicio eficaz de la acción de simulación de contratos, no basta justificar que el negocio en litigio se ha efectuado de modo aparente, con ausencia real de los requisitos esenciales del contrato, sino que es preciso, además, que quien procesalmente con dicha finalidad tenga un interés jurídico tutelable por el órgano jurisprudencial, esto es, que ese titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza, no siendo parte legítima en los autos el heredero voluntario, por falta de interés jurídico para

La tesis así expuesta ha sido abandonada al producirse el giro jurisprudencial del año 2007, y ya vimos en el epígrafe primero como la jurisprudencia actual admite la legitimación tanto del heredero voluntario o abintestato, como del forzoso o del propio causante, para invocar la nulidad por falta de forma de la donación encubierta. Pero lo cierto es que, con independencia de la asunción por nuestra jurisprudencia de la tesis formalista, la doctrina recién reseñada, pese a su bien intencionada voluntad de rechazar el defecto de escritura pública de donación alegado por el propio donante o su heredero no legitimario, resultaba difícilmente sostenible. Fundamentalmente, porque no es en absoluto cierto que las partes de un negocio relativamente simulado y sus herederos no legitimarios no estén facultados para invocar la simulación relativa de éste, pues son numerosas las Sentencias del Tribunal Supremo que, en otros casos, han atendido a esa alegación: típicamente, para evitar el posible retracto pretendido por unos terceros a la vista del negocio de compraventa aparente⁴¹. También muy ilustrativa, y demostrativa de lo erróneo de la citada opinión, es la Sentencia de Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1987, que atendió la demanda de un donante para que se declarase la simulación relativa de una donación encubierta en escritura pública de venta y se procediese a revocar ésta por ingratitud. Pero es que, además, sostener la citada tesis ha llevado a veces al Tribunal Supremo a convalidar unos resultados totalmente excesivos, como es que el fingido vendedor y verdadero donatario y sus herederos voluntarios y abintestato no puedan tampoco alegar el defecto de forma aun cuando éste se refiera a la inexistencia misma de escritura pública: al rechazarse que ellos puedan invocar la simulación relativa del negocio, se rechaza que se examine cualquier posible defecto de la donación disimulada, incluso el hecho de que se haya realizado en documento privado

accionar sobre simulación de venta de bienes de la exclusiva propiedad de la causante que ésta transmitió por acto real de libertad encubierto con causa onerosa de compraventa, pues lo que la ley tutela no es la mera conveniencia, sino el derecho actual del accionante, que necesita ser definido frente al acto simulado que lo lesiona, y es manifiesto que en el caso no hay posibilidad de lesión de ningún derecho del actor, porque no teniendo aquella herederos forzados, ninguna otra restricción en la facultad dispositiva, pudo transmitir libremente la propiedad de sus bienes por acto oneroso o lucrativo *inter vivos* o *mortis causa* y, la posición jurídica de su hermano, como heredero voluntario, no le atribuye otro derecho que el comprometido en el marco de su institución, que le impone acatamiento a la voluntad real y verdadera de enajenar que tuvo la causante, siquiera fuera por acto de liberalidad disfrazada con causa onerosa en las escrituras de compraventa y en su propio testamento».

⁴¹ Así, Sentencias de Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2013 (Sentencia núm. 86/2013), 19 de noviembre de 1992 (Sentencia núm. 1045/92), 22 de enero de 1991 (RJA 306/1992), 1 de junio de 1982 (RJA 3400/1982) ó 16 de noviembre de 1956 (RJA 4115/1956).

(Sentencias Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1986 y 21 de marzo de 1964).

En fin, a la vista de lo expuesto, no cabe sino rechazar esta tentativa de limitar la legitimación del donante y sus herederos voluntarios o abintestato para impugnar la donación disimulada⁴². Ciertamente contiene varias intuiciones correctas; pero cualquier intento que se realice en esta dirección no debe pretender limitar la invocación de la simulación, sino apuntar directamente a la suficiencia de la escritura pública de venta para cumplir las finalidades que se le exigen en relación al donante y sus herederos voluntarios.

5.2 LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS

Otra línea argumental que se ha insinuado en el intento de limitar la posibilidad de que el donante y sus herederos voluntarios impugnen la donación encubierta en escritura de compraventa es la que se acoge a la prohibición de venir contra los propios actos. Como es bien sabido, esta doctrina rechaza el ejercicio de un derecho por quien previamente haya observado una conducta relevante objetivamente contradictoria o incompatible con el derecho que ahora pretende ejercitarse. Conforme con lo dicho, y según se ha sugerido a veces, podría incidir en la prohibición, y habría por tanto de rechazarse, el ejercicio de la acción de impugnación de una donación encubierta realizado por el propio donante o su heredero apoyándose en el defecto de forma en el que aquél incurrió. Problema que no se suscitaría en caso de ejercicio de la acción de impugnación por el heredero legitimario porque éste ocupa una posición de tercero, titular como heredero forzoso de un derecho propio, frente a los actos de su causante⁴³.

La posibilidad de que la alegación de nulidad por defecto de forma en la donación encubierta pueda incurrir en la prohibición del *venire contra factum proprium* ha sido apuntada por algunos

⁴² Advierten igualmente estos problemas, VALLET DE GOYTISOLO («La donación de bienes inmuebles...», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 670 ss.), DÍAZ ALABART («La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública, y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias, y el valor del servicio remunerado absorbe el del inmueble donado», *RDP*, 1980, pp. 1101 ss., 1110 ss.) y DURÁN RIVACOBA (*Donación de inmuebles – Forma y simulación*, Pamplona, 2003, pp. 234 ss.).

⁴³ La distinción entre la posición de los herederos del causante, como vinculados por la conducta de éste, y la posición de los legitimarios, terceros a estos efectos, ha sido desarrollada en particular por DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pp. 232 ss.

autores y alguna aislada sentencia, aunque como argumento más bien coadyuvante y sin excesiva convicción⁴⁴. La realidad es que dicha alegación, pese a lo justificado del propósito, tampoco supera un juicio de corrección técnica. Los autores que se han ocupado de delinear la doctrina de los propios actos han puesto de relieve que requisito ineludible para poder aplicarla es la validez y eficacia de los actos frente a los que se alega la posterior contradicción⁴⁵. En consecuencia, dada la nulidad por defecto de forma de la donación disimulada en escritura de venta, la jurisprudencia que se ha enfrentado específicamente con el problema no ha podido sino rechazar que la conducta de quien impugna esa donación incurra en prohibición de venir contra los propios actos⁴⁶. Únicamente en los limitados supuestos en que la contradicción de la impugnación no se plantease con la donación misma, sino con los actos de confirmación y cumplimiento posterior, sería posible aplicar la mencionada doctrina.

6. ALGUNOS RESULTADOS INTERMEDIOS

De todo lo dicho creo que se pueden sacar algunas conclusiones. Por una parte, que dentro de las tres tesis que en su momento expuse como aparentemente posibles para afrontar el problema de la donación encubierta en escritura de venta –validez *a priori* con aplicación de remedios específicos, validez *a priori* salvo apreciación de ilicitud causal, nulidad por defecto de forma–, esta última es la que responde plenamente a las finalidades de protección de donante y de terceros para las que se previó la escritura. Por otra, y

⁴⁴ En la doctrina, ALBALADEJO, gran propulsor por otra parte de la interpretación formalista del 633 («Comentario a los artículos 632 y 633», en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII-2, Madrid, 1986, pp. 200 s.). También, con reservas, ASÚA GONZÁLEZ («Comentario a la STS 14 de marzo de 1995», en *CCJC*, 38, 1995-2, pp. 811 ss., 819) y ATAZ LÓPEZ, aplicándolo a la falta de forma de la aceptación («Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de donaciones», en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, I, Barcelona, 1992, pp. 111 ss., 136 ss.). En la jurisprudencia se cita a veces la Sentencia de 23 de mayo de 1987 (RJA 3557/1987), pero que se refiere a lo que conceptúa como renta vitalicia de constitución gratuita, y no a una donación. Apunta también en esta línea, sin ampararla, la Sentencia de Tribunal Supremo de 16 de enero de 2013, que ya se citó en nota 5 respecto a esta cuestión.

⁴⁵ SANTAMARÍA ANSA, «Legitimación del sucesor hereditario para la impugnación de actos jurídicos de su causante», *RDP*, 1961, pp. 269 ss., 276; DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pp. 201 ss. También, PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho comparado – La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951, pp. 128 s.

⁴⁶ Así, Sentencias de Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1993 (Sentencia núm. 457/1993), 1 de febrero de 2002 (Sentencia núm. 50/2002), 21 de diciembre de 2009 (Sentencia núm. 826/2009). También, en la doctrina, ALBIEZ DOHRMANN («Comentario a los artículos 632-633», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código civil*, IV, Valencia, 2013, pp. 4816 ss., 4834).

en congruencia con eso, que esas mismas finalidades se ven ya cumplidas en relación al donante y sus herederos no legitimarios cuando la donación se encubre en escritura pública de venta. En consecuencia, que resulta excesivo desde un punto de vista teleológico que el donante o el heredero voluntario impugnen el negocio amparándose en un defecto de forma que no menoscabó su posición. Y por último, que las tentativas que se han hecho de restringir esos excesos, aunque bien encaminadas, no han conseguido la coherencia técnica que las avale.

Si a lo anterior se suma que la jurisprudencia tomó un decidido camino a partir de 2007, y que un nuevo cambio de rumbo introduciría grave inestabilidad, se entiende que de lo que se trata ahora es de buscar un criterio corrector, bien articulado dentro del sistema, que permita restringir la acción de nulidad por defecto de forma emprendida por el propio donante o sus herederos voluntarios. Este remedio, como bien ha visto José María Miquel, no puede ser otro que la doctrina del abuso de nulidad por motivos formales.

7. UNA VÍA ABIERTA: LA DOCTRINA DEL ABUSO DE LA NULIDAD POR MOTIVOS DE FORMA

7.1 PERFILES DE LA FIGURA Y APLICACIÓN AL SUPUESTO DE LA DONACIÓN ENCUBIERTA

Hemos visto antes como el intento de restringir la impugnación de la donación disimulada por parte del donante y sus herederos voluntarios apoyándose en la prohibición del *venire contra factum proprium* fracasaba por el carácter nulo del acto impugnado. Pues bien, la doctrina del abuso de la nulidad por motivos formales constituye un cuerpo doctrinal ya creado, del que se debe usar ciertamente con gran prudencia, pero que sirve precisamente para paralizar la acción de nulidad basada en vicios de forma cuando su ejercicio sea contrario a la buena fe⁴⁷.

Los autores que han estudiado la figura la consideran una aplicación o derivación del principio de buena fe objetiva que debe regir todas las relaciones jurídicas. A juicio de la doctrina alemana,

⁴⁷ Sobre ella, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Pamplona, 2007, pp. 304 s.; MIQUEL GONZÁLEZ, voz «Buena fe», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, I, Madrid, 1995, pp. 831 ss., 845 s. También en los Comentarios más usuales al artículo 7 del Código civil. Así, el propio MIQUEL, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1993, pp. 54 s.; ASUA GONZÁLEZ, en CAÑIZARES LASO *et al.* (dir.), *Código civil Comentado*, I, Pamplona, 2011, p. 94; CARRASCO PERERA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código civil*, I, Valencia, 2013, p. 175.

y tal como expone Wieacker, la regla está emparentada con la doctrina de los actos propios, pues el rechazo de la nulidad en estos casos «deriva del hecho de que la inadmisibilidad de la invocación del vicio de forma presupone en todo caso una conducta previa del demandante: ha ocasionado (de modo no necesariamente imputable) el vicio de forma en cuestión o pese a él ha manifestado la ejecución del contrato mediante el comienzo de su cumplimiento»⁴⁸.

En España, la doctrina del abuso de nulidad por motivos formales ha sido mucho menos desarrollada que en Alemania, donde nació. El hecho es lógico, pues el grave formalismo del sistema alemán en comparación con el español ha forzado a su empleo: piénsese que el § 125 del BGB alemán sanciona con la nulidad el incumplimiento de formas legal o contractualmente prescritas, y que, entre otros contratos, requieren forma notarial todos aquellos que obligan a la transmisión de inmuebles (§ 311 b). Pese a ello, en la jurisprudencia española ha sido apreciada en ciertas ocasiones, en supuestos en que la invocación de la nulidad por motivos formales, ateniéndose a las circunstancias del caso, resultaba contradictoria con las pautas de lealtad exigibles a las partes⁴⁹. A mi juicio, es lógico recurrir a ella en estos casos excepcionales en que la donación, acto solemne, presenta problemas de forma que no obstaculizan el cumplimiento de los fines de garantía para los que esa forma se previó.

A juicio de los autores que han tratado de la cuestión, la doctrina del abuso de nulidad por motivos formales se aplica en aquellos casos en que el que invoca el defecto ha colaborado dolosa o culposamente a su existencia, resultando además que la finalidad por la que se impuso la forma se ha visto cumplida⁵⁰. Estos requisitos se dan plenamente en los supuestos de donación disimulada impugnada por el propio donante o sus herederos. Si es el propio donante el que invoca el vicio formal, el abuso deriva de que voluntariamente ha realizado el negocio en una escritura pública de compraventa –que respecto a él cumple la función asignada a la forma, pero no respecto a los posibles terceros–, y pretende luego aprovecharse

⁴⁸ WIEACKER, *El principio general de buena fe*, Madrid, 1977, p. 62.

⁴⁹ Sentencia de Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1985 (RJA 525/1985), en un requerimiento resolutorio de compraventa inmobiliaria; Sentencia de Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1985 (RJA 6436/1985), en un cierto error formal en letras de cambio; Sentencia de 23 de mayo de 1987 (RJA 3557/1985), en la que falta la aceptación en una donación o renta vitalicia gratuita –que de una u otra manera la configura la Sentencia–. También la de 20 de abril de 2015 (Sentencia núm. 212/2015).

⁵⁰ Así, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Pamplona, 2007, pp. 305. Vid. en la doctrina alemana, ampliamente MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 2002, marg. 628 ss.; PALANDT/ELLENBERGER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Munich, 2009, § 125, marg. 22 ss.; ERMAN/PALM, *Kommentar zum BGB*, Colonia, 2008, § 125, marg. 23 ss.

del defecto por él consentido para deshacer el negocio jurídico. Como he dicho, la irregularidad de tal conducta se advierte si se tiene claro y se distingue la diversa función que cumple el requisito de escritura pública del artículo 633 respecto a las partes y respecto a terceros: si *inter partes* la escritura pública se impone meramente a fin de asegurar la voluntariedad y reflexión del acto –y esa función la cumple tanto la de compraventa como la de donación–, y sólo en salvaguarda de los terceros se exige que la escritura sea de donación, excede de la finalidad buscada por la norma que el donante invoque como defecto formal la inexistencia de una escritura pública de donación. Más aún si se tiene en cuenta que él mismo colaboró, en posible perjuicio de los terceros, a provocar el vicio del que ahora pretende aprovecharse para impugnar el acto⁵¹.

Si el defecto formal es alegado por el heredero voluntario o abintestato del donante, la solución sería la misma. Ciertamente, él tiene un interés en que dicha donación sea declarada nula, para aumentar así el caudal relicito. Pero su posición es idéntica en este punto a su causante, e incluso más débil, pues los actos de éste le son imputados como propios, y no puede oponerse a la misma voluntad de su causante de la que deriva su posición de heredero.

En resumen, parece que la doctrina del abuso de nulidad por motivos formales es el instrumento adecuado para restringir los excesos a que puede llevar el rigor formalista que el artículo 633 ha impuesto a la donación de inmuebles. Aplicándola correctamente, se consigue limitar la legitimación del propio donante o de sus herederos voluntarios, salvaguardando a la vez las finalidades de protección de terceros para las que se exige que la escritura pública del artículo 633 sea de donación. Se logra así, con una pequeña corrección, consolidar y tornar más coherente la doctrina jurisprudencial asumida por nuestro Tribunal Supremo desde 2007. Es más, esta corrección puede que estuviese en su origen contemplada en esa misma doctrina: transcribo a este respecto las palabras de Gullón Ballesteros –el magistrado ponente de las Sentencias de 11 de enero y 26 de febrero 2007–, en un voto particular precursor de la actual postura jurisprudencial, en el que disiente de la doctrina anteriormente en vigor de que la escritura pública de venta era suficiente a efectos del artículo 633. Se trataba de la Sentencia de Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1995, en la que el demandante alegaba ser heredero voluntario del testador, perjudicado por una donación encubierta,

⁵¹ La Sentencia de 9 de diciembre de 2012 (Sentencia núm. 779/2012) rechaza la nulidad de un acuerdo societario precisamente porque quien pretende la nulidad «contribuyó decisivamente en la gestación de los negocios jurídicos cuya nulidad postula».

y el voto particular dice así: «la *ratio decidendi* de la sentencia mayoritaria es que una donación de inmueble disimulada bajo compraventa cumple el requisito formal del artículo 633 CC. Opino lo contrario, de acuerdo con otra doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre esta misma materia. [...] La *ratio decidendi*, del fallo debió de ser la falta de legitimación del actor para impugnar la donación, pues, como heredero universal de la donante, debe acatar lo actuado por su causante, que en ningún momento, según lo probado, ha manifestado voluntad de poner de relieve la nulidad de la donación hecha sin cumplir requisitos legales de forma, sin que tampoco se haya probado (ni alegado en los escritos expositores del pleito) que le perjudica como heredero forzoso, circunstancia bajo la cual sí estaría legitimado. Nada obstante a lo razonado el que el negocio jurídico fuese nulo absolutamente por infracción del artículo 633 del Código Civil. Si el causante del heredero voluntario no ha querido accionar en vida con fundamento en ese vicio contra el donatario, no cabe que tal heredero le suplante en esa voluntad».

7.2 ALGUNAS PRECISIONES PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DE NULIDAD POR MOTIVOS FORMALES

Con lo hasta aquí dicho podría acabar el trabajo. Pero me parece conveniente hacer algunas puntuaciones, de carácter sobre todo procesal, a la propuesta realizada. En los casos que estamos viendo de escrituras de compraventa meramente simuladas, quien persiga esa declaración deberá accionar solicitando se declare su nulidad y alegando cuantos hechos y pruebas puedan demostrarla. La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, consciente de la dificultad que entraña la prueba de la simulación, ha ido estableciendo una serie de indicios que apuntan a la inexistencia de la compraventa, tales como la ausencia de motivos para la enajenación, el vínculo de afecto entre comprador y vendedor, el hecho de que el bien siga en manos de este último o la existencia de un precio meramente confesado⁵². Hay que tener en cuenta que, aunque

⁵² Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007 (Sentencia núm. 684/2007), 20 de diciembre de 1996 (Sentencia núm. 1089/1996), 20 de julio de 1993 (Sentencia núm. 799/1993), 7 de febrero de 1992 (RJA 839/1992) y 12 de julio de 1941 (RJA 912/1941) que los sistematizó por primera vez. La dificultad que lleva consigo la prueba de la simulación ha sido resaltada por el propio Tribunal Supremo en sus Sentencias de 5 de mayo de 2008 (Sentencia núm. 317/2008), 18 de marzo de 2008 (Sentencia núm. 236/2008) o 11 de febrero de 1992 (RJA 974/1992). Sobre los indicios de la simulación, ampliamente, DURÁN RIVACOBA (*Donación de Inmuebles – Forma y simulación*,

el control de los notarios sobre los medios de pago, introducido por la Ley 36/2006 de medidas para la prevención del fraude fiscal, dificulta hoy esa simulación del precio, siempre existen medios para que su presencia sea meramente fingida.

Si quien demanda que se declare la simulación es un heredero legitimario, un acreedor insatisfecho o un fideicomisario, demostrada la simulación, no aprovechará al demandado oponerse invocando la existencia de una donación encubierta. Como ya he dicho, dicha donación no cumple los requisitos de forma, previstos en garantía de estos terceros, y deberá por tanto ser declarada nula en todo caso. Sólo podría salvarse, y aquí sí en virtud de la doctrina de los actos propios, en supuestos muy excepcionales en que el propio tercero hubiese consentido a su realización⁵³.

En cambio, si reclama que se declare la simulación el propio donante o su heredero no legitimario, puede fracasar su demanda si el demandado invoca y demuestra la existencia de una donación disimulada en la que todos sus elementos esenciales queden cubiertos por la escritura pública de venta⁵⁴. Conviene subrayar que la existencia de una donación encubierta habrá de ser invocada por el demandado que pretenda sostenerla: conforme con los principios de justicia rogada y alegación de parte, vigentes en nuestro sistema procesal civil, incurría en incongruencia la Sentencia que estima existente un negocio disimulado de donación –así sea nulo por defecto de forma– en un juicio en que las partes sólo han discutido sobre la existencia o inexistencia de un negocio oneroso de compraventa. Además, frente a la demanda de nulidad absoluta por simulación de la compraventa, quien alegue la existencia de una donación encubierta deberá probar, conforme con el artículo 1276, la existencia y licitud de la *causa donandi*⁵⁵. Es decir, habrá de llevar a cabo la actividad probatoria necesaria a fin de traer al con-

pp. 97 ss.) y NÚÑEZ IGLESIAS («La donación de inmuebles encubierta como compraventa», *RCDI*, 1991-5 (606), pp. 1811 ss., 1815 ss.).

⁵³ El supuesto es francamente excepcional, pero no he querido dejar de reseñarlo pues se ha dado en alguna Sentencia del Tribunal Supremo, y a mi parecer la donación quedaría entonces convalidada por actos propios de quien podía impugnarla: así, en las Sentencias de Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 (Sentencia núm. 378/2009) y 18 de marzo de 2002 (Sentencia núm. 240/2002).

⁵⁴ Dado que el artículo 633 impone que se recojan en la escritura pública las posibles cargas que ha de satisfacer el donatario, no podría salvarse la donación, pese a ser impugnada por el donante o su heredero voluntario, si esas cargas no han quedado expresadas en la escritura pública de venta, sino en un documento privado adjunto: así sucedió en las Sentencias de Tribunal Supremo de 21 de junio de 2007 (Sentencia núm. 733/2007) y 7 de mayo de 1993 (Sentencia núm. 457/1993).

⁵⁵ Que en casos de donación disimulada, demostrada la simulación, recae sobre el donatario la prueba de la existencia y licitud de la causa, lo reiteran las Sentencias de Tribunal Supremo de 29 de julio de 2005 (Sentencia núm. 613/2005) y 2 de abril de 2001 (Sentencia núm. 314/2001).

vencimiento del juzgador que el negocio oneroso simulado esconde uno de donación existente y lícito –por más que aquejado de un grave vicio formal.

En relación con eso, y precisamente en estos casos en que la donación no entraña fraude de terceros, es posible que se aprecie que el motivo de la simulación ha sido la búsqueda fraudulenta de una fórmula de tributación fiscal más favorable: la que proporcionan los menores tipos tributarios de los negocios onerosos en comparación con los lucrativos. Con lo cual se introduce en el problema un aspecto nuevo, como es la posible ilicitud causal del entero esquema simulatorio que ha servido de instrumento a esa defraudación. Pero frente a esa posible tacha de ilicitud causal del negocio de donación, deben decirse dos cosas. La primera, que la jurisprudencia ha establecido que las hipotéticas infracciones fiscales no afectan a los derechos sustantivos civiles –también, como dicen esas Sentencias, por aplicación del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁵⁶; lo cual, lógicamente, como dice la citada jurisprudencia, no impide que se impongan las correspondientes sanciones tributarias. La segunda y más importante, que se debe tener presente que la posible ilicitud causal radicará exclusivamente en el negocio simulado, y no en el disimulado: la aparente compraventa será efectivamente un artificio simulatorio creado en su caso para defraudar a hacienda, pero la donación que encubre no pretende defraudación tributaria alguna, sino las finalidades liberales propias de una donación. Y a la donación no hay que imputarle los vicios que lastren al negocio aparente, sino aplicarle la normativa que le corresponda –incluida la fiscal.

Alegada y probada la donación encubierta, nula en principio por defecto de forma, llegará el momento de la posible aplicación de la doctrina del abuso de nulidad por motivos formales, tal como ha quedado expuesta. A mi juicio, y con esto acabo, no hará falta siquiera invocarla por parte del donatario interesado en mantener la donación, pues la cuestión radica en que el donante o su heredero voluntario carecen de legitimación para impugnar la donación realizada en escritura pública de venta, y ésta es una cuestión apreciable de oficio por los tribunales⁵⁷. Lo cual no significa, lógicamente, el rechazo *in limine litis* de la demanda, ya que la legitimación,

⁵⁶ Así, con claridad, la Sentencia de Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002 (Sentencia núm. 50/2002); también Sentencias de 19 de mayo de 2004 y 15 de octubre de 1999 (Sentencias núm. 394/2004 y 855/1999).

⁵⁷ Son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo que reiteran que la legitimación es una cuestión apreciable de oficio por los tribunales: entre las últimas, las de 15 de enero de 2014 (Sentencia núm. 3/2014), 18 de diciembre de 2013 (Sentencia núm. 766/2013), 2 de abril de 2013 (Sentencia núm. 214/2013), 9 de diciembre de 2012 (Sentencia

como trasunto que es de la titularidad, sólo puede determinarse en la propia sentencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentario a los artículos 632 y 633», en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII-2, Madrid, 1986, pp. 152-201.
- *Estudio de la jurisprudencia sobre la validez o no de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada*, Madrid, 1998.
- ALBALADEJO, Manuel/DÍAZ ALABART, Silvia, *La donación*, Madrid, 2006
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus-Jochen, «Comentario a los artículos 632-633» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código civil*, IV, Valencia, 2013, pp. 4816-4835.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., «Comentario a la STS 14 de marzo de 1995», en *CCJC*, 38, 1995-2, pp. 811-820.
- «Comentario al art. 7», en CAÑIZARES LASO *et al.* (dir.), *Código civil Comentado*, I, Pamplona, 2011, pp. 90-99.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de donaciones», en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, I, Barcelona, 1992, pp. 111-144.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al art. 7», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código civil*, I, Valencia, 2013, pp. 170-176.
- DE CASTRO, «La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble», *ADC*, 1953, pp. 1003-1016.
- *El negocio jurídico*, Madrid, 1971.
- DÍAZ ALABART, Silvia, «La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública, y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias, y el valor del servicio remunerado absorbe el del inmueble donado», *RDP*, 1980, pp. 1101-1123.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Pamplona, 2007.
- DURÁN RIVACOBA, Ramón, *Donación de inmuebles – Forma y simulación*, Pamplona, 2003.
- *Donaciones encubiertas*, Barcelona, 2009.
- ELLENBERGER, Jürgen, «Comentario al §125», en *Palandt-Bürgerliches Gesetzbuch*, Munich, 2009, pp. 102-105.
- FEBRERO, José, *Librería de Escribanos*, parte primera, tomo primero, Madrid, 1789 (facsimil, Madrid, 1991).
- FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1948-1, pp. 46-77.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, I-II, Madrid, 1852 (facsimil, Barcelona, 1973).
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Comentario a la Sentencia de 27 de mayo de 2009», *CCJC*, 84 (2010-3), pp. 1263-1283.
- JORDÁN DE ASSO, Ignacio/DE MANUEL, Miguel, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1805.

núm. 779/2012), 30 de abril de 2012 (Sentencia núm. 260/2012) 6 13 de septiembre de 2011 (Sentencia núm. 538/2011).

- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988.
- MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 2002.
- MIGUEL GONZÁLEZ, José María, «Comentario del art. 7.1», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1993, pp. 37-56.
- Voz «Buena fe», en *Enciclopedia Jurídica Básica Cívitas*, I, Madrid, 1995, pp. 831-847.
- DE LOS MOZOS, José Luis, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000.
- NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, «La donación de inmueble encubierta como compra-venta», *RCDI*, 1991-5 (606), pp. 1811-1855.
- PALM, Heinz, «Comentario al § 125», en *Erman-Kommentar zum BGB*, Colonia, 2000, pp. 313-322.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Comentario a la Sentencia de Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007», en *CCJC*, 75 (2007-3), pp. 1293-1318.
- POVEDA BERNAL, Margarita Isabel, *Relajación formal de la donación*, Madrid, 2004.
- PUIG BRUTAU, José, *Estudios de Derecho comparado – La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951.
- SALA, Juan, *Ilustración del Derecho real de España*, II, Coruña, 1837 (reimpresión Pamplona, 2002).
- SANTAMARÍA ANSA, Juan, «Legitimación del sucesor hereditario para la impugnación de actos jurídicos de su causante», *RDP*, 1961, pp. 269-283.
- SANTOS MORÓN, María José, *La forma de los contratos en el Código civil*, Madrid, 1996.
- «De nuevo sobre la jurisprudencia en materia de donaciones disimuladas – El retorno a la tesis clásica en la STS de 11 de enero de 2007», *RDPat*, 19 (2007-2), pp. 173-191.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms., «La donación de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 591-681.
- WACKE, Andreas, «Erbrechtliche Sukzession als Persönlichkeitsforsetzung? – Personelle Identifikation mit dem Verstorbenen oder Rollenverschiedenheit von Nachlassinhaber und Erben. Rechtsgeschäftliche Abwicklung versus Konfusion», *SZ (RA)*, 123 (2006), pp. 197-247.
- WIEACKER, Franz, *El principio general de buena fe*, Madrid, 1977.

Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas

Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo,
la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil

MARTA PÉREZ ESCOLAR*
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

RESUMEN

La utilización de cláusulas no negociadas en la contratación plantea la problemática relativa a la necesidad de un control de incorporación que garantice la posibilidad de ser conocidas por el adherente en el momento de celebración del contrato. Dicha problemática se ha convertido en un tema de plena actualidad jurídica y gran repercusión social ante la existencia de incumplimientos flagrantes de una de las facetas de dicho control de incorporación, la referida al deber de transparencia del predisponente, que aconsejan una revisión de sus fundamentos legales.

Ante esta realidad, este trabajo persigue realizar un análisis comparado de las normas contenidas al respecto en el Derecho comunitario, en el Derecho español y en los principales ordenamientos de nuestro entorno, pero también en los llamados textos de Derecho contractual europeo (PECL, ACQP, DCFR), en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, y en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, todo ello con la finalidad de aportar soluciones de cara a una mejora del régimen jurídico que afecta al control de incorporación al contrato de los clausulados predisuestos.

* Miembro de ACTUALIZA, Grupo para la reforma y actualización del Derecho privado en España.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación: «*La unificación del Derecho contractual europeo por vía jurisprudencial*», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Ref.: DER2012-35484, Investigador principal: Prof. Dr. A. DOMÍNGUEZ LUELMO.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas no negociadas; condiciones generales de la contratación; control de incorporación; cognoscibilidad; comprensibilidad; deber de transparencia; consumidores; Derecho contractual europeo.

ABSTRACT

The utilization of non-negotiated clauses in the contracting raises the question concerning the need of a inclusion control to ensure the possibility of knowing them at the time of celebration of the contract. The above mentioned problematics has turned into a topic of full juridical current importance and great social repercussion given the existence of flagrant breaches of one of the facets of the mentioned inclusion control, the duty of transparency, which call for a review of its legal foundations.

Given this reality, this paper chases to realize a compared analysis of the rules contained in the Community Law, Spanish Law and principal systems of our legal environment, but also in so-called texts of European Contract Law (PECL, ACQP, DCFR), in the Proposal to Modernize the Civil Code on obligations and contracts, and in the Draft Law of Commercial Code, all with the purpose of providing solutions with the aim of a better legal regime that affects the inclusion control in the contract of non-negotiated clauses.

KEY WORDS

Non-negotiated clauses; general conditions of contract; inclusion control; possibility to know; comprehensibility; duty of transparency; consumers; European Contract Law.

SUMARIO: I. *Punto de partida: Código Civil y contratación no negociada.*—II. *El control de incorporación: cognoscibilidad y comprensibilidad.*—III. *La Directiva 93/13/CEE.*—IV. *El sistema español: la LCGC y el TRLCU:* 1. Introducción. 2. Requisitos de incorporación: 2.1. Cognoscibilidad de las c.g.c.: 2.1.1. El artículo 5.º1 y 3 LCGC. 2.1.2. El artículo 80.1.a) y b) TRLCU. 2.2. Comprensibilidad de las c.g.c.: los artículos 5.5.º LCGC y 80.1.a) y b) TRLCU. 3. Las cláusulas «sorprendentes». 4. Consecuencias del incumplimiento.—V. *Referencias de derecho comparado:* 1. Derecho italiano. 2. Derecho alemán. 3. Derecho portugués. 4. Derecho holandés. 5. Derecho francés.—VI. *Textos de derecho contractual europeo:* 1. Introducción. 2. Los PECL. 3. Hacia un instrumento opcional: el DCFR. 3.1. Los ACQP. 3.2. El DCFR.—VII. *Revisões del derecho comunitario:* 1. La Directiva 2011/83/UE. 2. La Propuesta de Reglamento sobre compraventa europea.—VIII. *La Propuesta de Modernización del CC en materia de Obligaciones y Contratos de 2009.*—IX. *El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014.*—X. *Conclusiones:* 1. ¿Control de incorporación para c.g.c. o para contratos de adhesión? 2. ¿Tratamiento normativo unitario o diferenciado para los contratos con consumidores? 3. Formulación del control de incorporación: 3.1. Normas genéricas frente a normas casuísticas. 3.2. Nivel de protección del adherente: 3.2.1. Cognoscibilidad. 3.2.2. Comprensibilidad. 4. Sanción ante el incumplimiento.—XI. *Bibliografía.*

I. PUNTO DE PARTIDA: CÓDIGO CIVIL Y CONTRATACIÓN NO NEGOCIADA

De todos es sabido que los códigos civiles decimonónicos recogieron un derecho contractual cuyo presupuesto, la contratación negociada, fue pronto desmentido¹. El profesor Royo Martínez explicaba este hecho en 1949 diciendo que «en parte, por sumisión al imperio, a la sazón absoluto, de los dogmas de la Economía liberal, con su ficción del hombre que siempre sabe muy bien lo que quiere y siempre puede escoger a su arbitrio entre contratar o buscar a través de la competencia mejores condiciones; y en parte, también, porque en aquel entonces las que hoy son entidades gigantes de la Economía estaban aún en mantillas, los legisladores del siglo XIX no tuvieron la perspicacia –que hubiera necesitado ser punto menos que profética– de prever los resultados de las grandes concentraciones de capital ni las consecuencias de las empresas que han de valerse de herramiental e instalaciones de valor ingente, ...»².

Estos resultados y consecuencias de la contratación en masa todavía no tienen a día de hoy un reflejo en nuestro Código Civil (en adelante, CC), cuyo Derecho de obligaciones y contratos sigue pivotando sobre la base de la autonomía privada y los principios de libertad e igualdad contractual (art. 1255 CC). La realidad de la mayoría de los contratos es sin embargo la contraria, la desigualdad entre las partes y la ausencia de negociación, por lo que una modernización del CC aconseja la integración en él de las normas básicas sobre contratación no negociada, entre ellas, las relativas a las condiciones generales de la contratación (en adelante, c.g.c.), que por otro lado tienen como principal destinatario potencial al consumidor, ajeno a las particularidades jurídicas aplicables a los empresarios.

Se trata de una opción de política legislativa que, como todas, tiene sus ventajas y sus inconvenientes, pero la extraordinaria importancia económica alcanzada por los contratos celebrados con c.g.c. requiere que al menos su regulación básica esté situada en el CC, cuerpo legal destinado naturalmente a contener el núcleo del Derecho de contratos. De hecho, la generalización de las cláusulas no negociadas en la práctica contractual justifica esta incorporación al CC más que la de los tipos concretos de contratos celebrados con consumidores, que atienden a intereses más concretos y

¹ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Introducción, Teoría del contrato, Thomson Cívitas, Madrid, 2007, pp. 157 ss.

² Vid. ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de Adhesión», *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pp. 54 y 55.

requieren por ello de normas más casuísticas, contrarias a la esencia de un código civil.

A nivel de Derecho comparado, los arts. 231 a 247.-1 del Código Civil holandés de 1992, dedicados a las c.g.c., marcaron un referente que diez años más tarde fue seguido por el legislador alemán con la integración, por obra de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2001, en vigor desde 1 de enero de 2002, del mismo régimen sobre c.g.c. en los párrafos 305 y siguientes del *BGB*, hasta ese momento contenida en la *AGB-Gesetz* o Ley de c.g.c. de 9 de diciembre de 1976.

Ello contribuyó a que se produjera una verdadera modernización del *BGB*, que gracias a esta reforma recuperó la centralidad en el ámbito del Derecho privado, ganó en claridad y coherencia entre instituciones como consecuencia de la desaparición del conjunto de leyes civiles especiales que regulaban ámbitos concretos de los contratos de consumo, y dio además un paso adelante importantísimo en orden a que el Derecho de los consumidores dejé de ser considerado un derecho especial³.

La integración de la regulación sobre c.g.c. en los códigos civiles se enmarca en la denominada «gran solución», consistente en la incorporación del Derecho de consumo contractual en los códigos civiles, frente a la «pequeña solución» que supone mantenerlo en leyes civiles especiales que se van dictando al hilo de la necesidad de transposición de directivas comunitarias. Esta «gran solución», que tiene en el *BGB* su mejor modelo⁴, fue seguida, como veremos, por la propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de Derecho de obligaciones y contratos presentada en 2009 al Ministerio de Justicia por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, conocida como Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante, PMCC), y constituye el punto de partida de este trabajo⁵.

³ *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Un nuevo Derecho de obligaciones, La Reforma 2002 del *BGB*», *Anuario de Derecho Civil*, 2002, pp. 1135 ss., especialmente, 1140 ss., 1145 ss.

⁴ *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, «Un nuevo Derecho de obligaciones, ...», *op. cit.*, pp. 1151 ss.; INFANTE RUIZ, F. J., «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de obligaciones: la necesidad de modernización del Derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2002, n.º 8, pp. 153 ss.

⁵ Sin embargo, cuestionan la integración del derecho de consumo contractual en el CC, con base en razones técnicas y en el concepto de consumidor, DURÁN RIVACOBA, R., «La propuesta de reforma del Derecho de obligaciones y contratos en España», *Revista de Derecho*, 2010, Vol. 11, pp. 346 ss.; PASQUAU LIAÑO, M., «Protección de los consumidores y Código Civil: ¿integración o distinción?», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.ª L./Méndez Serrano, M.ª M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 489 ss., especial-

Por contraposición, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (en adelante, ALCM), informado el 20 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros con origen en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación publicada en 2013, declara en su Exposición de Motivos el carácter mercantil de las relaciones de consumo, que se articulan entre empresario y consumidor⁶, sin perjuicio de adoptar al mismo tiempo el criterio de no incorporar las normas específicas en materia de protección de consumidores a la propuesta de Código mercantil con la única finalidad de no alterar el planteamiento legislativo en forma de código que representa el 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 (en adelante, TRLCU)⁷.

Sin embargo, resulta difícil entender la pertenencia del consumidor a un ámbito jurídico que le es ajeno, el particular de los empresarios, al tiempo que su ausencia en un cuerpo legal, el CC, destinado a proteger a la persona en las relaciones jurídicas más generales en las que interviene, como son las de consumo, máxime cuando lo que justifica la propia existencia del Derecho de consumo es precisamente la protección de la persona del consumidor (art. 51 CE).

En definitiva, consideramos que la dimensión social del Derecho de contratos que surgió a raíz de la necesidad de proteger al contratante débil no puede seguir manteniéndose al margen del CC, dimensión social que por otro lado tiende a incrementarse cada vez más como consecuencia de las concentraciones de poder a las que lleva la globalización económica, que obligan a seguir introduciendo limitaciones a la autonomía de la voluntad en una búsqueda

mente, 494 ss., no obstante, a favor de la integración de la regulación sobre c.g.c., *vid. op. ult. cit.*, pp. 504 ss.

⁶ *Vid. Exposición de Motivos, I-13, ALCM: «Desde el punto de vista objetivo, las relaciones de estos operadores del mercado entre sí y con los consumidores constituyen la materia mercantil». Cfr. www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados, p. 16.*

⁷ Así, en la misma Exposición de Motivos, I-34, ALCM, se dice que «..., se ha considerado, en efecto, que habiéndose promulgado el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en fecha muy reciente, y tratándose de un texto legal equiparable a un Código sobre la materia, parecía poco adecuado alterar ese planteamiento legislativo, de manera que se respeta la diferencia de las normas de protección de los consumidores como ajena a la regulación del Código mercantil». Cfr. www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados, p. 19.

Sin embargo, ello tiene importantes matizaciones. *Vid. PÉREZ ESCOLAR, M.*, «El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿hacia un código de consumidores?», *Revista Práctica de Derecho de daños*, mayo 2010, núm. 82, pp. 5 ss.

constante del equilibrio contractual. Con ello no sólo se conseguiría la modernización del CC sino que también se favorecería la recuperación de su centralidad con respecto al Derecho privado de la contratación y se tendería hacia un ordenamiento jurídico más coherente, sin perjuicio del mantenimiento de una normativa especial destinada a regular aspectos concretos de la protección del consumidor o, simplemente, adherente⁸.

En nuestro ordenamiento jurídico, esta última función está llamada a cumplirla fundamentalmente el TRLCU, en el que se debería seguir manteniendo la regulación de las cuestiones más casuísticas por dos razones fundamentales. En primer lugar, por la necesidad de abstracción de las normas del CC, que contiene la esencia del Derecho de obligaciones y contratos. Y en segundo lugar, porque el dinamismo que deriva de la transposición de las directivas comunitarias no puede afectar de forma excesiva a un cuerpo legal como el CC, que persigue cierta estabilidad, sobre todo teniendo en cuenta que en la actualidad se tiende a la adopción de criterios de armonización máxima⁹.

II. EL CONTROL DE INCORPORACIÓN: COGNOSCIBILIDAD Y COMPRENSIBILIDAD

El objeto de este trabajo, realizado en consideración de una futura reforma del Libro IV del CC, es el que se ha denominado control de inclusión o incorporación al contrato de las c.g.c., es decir, el análisis de los requisitos de naturaleza formal que deben concurrir en el proceso de formación del contrato para garantizar el acceso del adherente al contenido de las c.g.c. y que así puedan formar parte válidamente del clausulado contractual. En otras palabras, se trata de determinar qué presupuestos deben considerarse exigibles para que, ante la inexistencia de una fase de negociación

⁸ *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: una tendencia muy europea», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.^a L./Méndez Serrano, M.^a M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 203 ss., especialmente, 212 ss.

⁹ Para el caso de Alemania, R. ZIMMERMANN dice gráficamente a este respecto que «la decisión de incorporar el Derecho contractual de consumo en el *BGB* ha convertido a éste en un solar para un edificio en permanente construcción. Pero, entonces, a lo mejor es que un moderno código de Derecho privado debe parecerse antes a un solar que albergue un edificio en construcción, en el que se oiga el bullicio de mecánicos y artesanos, que a un museo, en el cual sólo se pueden oír las voces quedas de ocasionales grupos de turistas». (*El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción al castellano de E. Arroyo i Amayuelas, Bosch, Barcelona, 2008, p. 266).

previa en la contratación en masa, el adherente tenga posibilidad de conocer el contenido contractual, quedando ya en su mano cono- cerlo efectivamente o no¹⁰.

Su importancia es indudable pues, pese a que el control de incorporación tenga que ser seguido de un control de contenido o control material dirigido a garantizar el equilibrio de las prestacio- nes conforme al principio de buena fe, es necesaria esta primera intervención legislativa dirigida a procurar, en fase de formación del contrato, que el adherente tenga conocimiento o, al menos, posibilidad de conocer su contenido, lo cual deriva en la necesidad de que las c.g.c. estén redactadas de forma comprensible.

Por ello, los objetivos que persigue el control de incorporación al contrato de las c.g.c. se sintetizan en dos conceptos fundamenta- les que, dada su utilidad a efectos explicativos, serán los que utili- cemos en este trabajo: cognoscibilidad o accesibilidad, en cuanto posibilidad del adherente de conocer el contenido de las c.g.c. en el momento de celebración del contrato, y comprensibilidad o trans- parencia, que, como derivación de lo anterior, conlleva la necesi- dad de que las c.g.c. estén redactadas de forma comprensible para un adherente medio con relación al tipo de contrato de que se trate. Nos encontramos, por tanto, ante una cuestión íntimamente rela- cionada con el error como vicio del consentimiento que encuentra en este ámbito una aplicación específica justificada por la necesi- dad de proteger al contratante débil a través de normas claras y, por supuesto, de naturaleza imperativa.

Precisamente, este hoy llamado control de incorporación de las c.g.c. constituye uno de los principales fundamentos de la clásica teoría contractualista defendida por la doctrina civilista a propósito de su naturaleza jurídica: las c.g.c. son verdaderas cláusulas contrac- tuales en la medida en que el consentimiento del adherente sobre las mismas es perfectamente válido por el hecho de haberse prestado con posibilidad de conocerlas, posibilidad que tratan de garantizarle en la actualidad las normas que regulan su incorporación al contrato. Las c.g.c. no se pueden concebir, por tanto, como un simple acto unilateral del predisponente, ya que, aun en los numerosísimos casos en los que el adherente presta su consentimiento sin conocimiento del contenido de las c.g.c., la oportunidad que se le da de tener dicho

¹⁰ «La falta de tiempo, la indiferencia fatalista, la confianza inmoderada, la escasa experiencia negocial, la carencia de conocimientos técnicos y jurídicos, todo ello típico del hombre medio, determinan su desinterés sobre el contenido de las condiciones generales del contrato». (ROYO MARTÍNEZ, «Contratos de Adhesión», *op. cit.*, p. 62). Desinterés que se complementa con la inexistencia de una obligación jurídica de conocer el contenido de las c.g.c., a pesar de la carga cognoscitiva que se deduce de las normas sobre la materia. *Vid.* DURÁN RIVACOBA, R., «Valor jurídico de las condiciones generales de la contrata- ción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, n.º 706, pp. 692 ss.

conocimiento determina la validez de su consentimiento contractual y, por tanto, la eficacia vinculante de las c.g.c.¹¹.

Se trata, en definitiva, de aplicar los principios de buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC) y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) a la contratación con c.g.c., que requieren una actuación responsable por parte del adherente. Ello conecta con la doctrina de la excusabilidad del error para que sea vicio invalidante: siendo cierto que la conducta típica del adherente, tendente a concluir el contrato sin conocer su contenido, no se considera reprochable desde el punto de vista moral, también lo es que desde el punto de vista jurídico entraña un comportamiento negligente si realmente ha tenido la posibilidad de conocer el contenido de las c.g.c., legitimándose así la validez de su consentimiento contractual. Lo contrario sería totalmente incompatible con la eficiencia y seguridad de la contratación y, por tanto, inaceptable.

III. LA DIRECTIVA 93/13/CEE

Como es sabido, el Derecho comunitario ha ido marcando las directrices de nuestro Derecho de consumo, las cuales, a su vez, han incidido en la teoría general del contrato con la introducción de matizaciones importantes¹². En materia de c.g.c., fue la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la que estableció las pautas a seguir cuando las cláusulas contractuales no negociadas se incorporan a contratos celebrados entre empresarios y consumidores (art. 1.º1), la inmensa mayoría contratos con c.g.c.

Su repercusión sobre los Derechos nacionales fue muy notable, pues obligó a un replanteamiento de los fundamentos de los contratos no negociados. Hasta tal punto es así que se ha considerado que

¹¹ Así, desde F. de CASTRO y BRAVO, «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pp. 295 ss., especialmente, pp. 319 ss. *Vid.* también ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones, Edisofer, 2004, p. 390; LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. de A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVERRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, II, Derecho de Obligaciones, Vol. Primero, Parte general, Teoría general del contrato, Dykinson, Madrid, 2007, p. 342.

En la doctrina mercantilista, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 93 ss., defendió la teoría de la eficacia meramente declarativa de las c.g.c., que niega su naturaleza contractual y las concibe con una eficacia meramente declarativa de las normas y principios legales aplicables al contrato, no compartida por J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales pre-dispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 650 ss., especialmente, 659 ss.

¹² Sobre la formación del Derecho de consumo en la UE, *vid.* REYES LÓPEZ, M.ª J., *Manual de Derecho privado de consumo*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 56 ss.

esta Directiva 93/13/CEE constituye, en la medida en que se adentra en el núcleo del Derecho contractual (contenido y eficacia del contrato), una pieza esencial para la construcción de un Derecho privado europeo; de hecho, es la referencia normativa más importante que existe a nivel europeo en relación con estas materias¹³.

Por lo que se refiere al tema de la incorporación de las c.g.c. al contrato, hay que partir del presupuesto de que la Directiva 93/13/CEE se aplica con carácter general a todo tipo de cláusulas no negociadas individualmente que aparezcan en contratos entre empresarios y consumidores, que pueden ser c.g.c., como sucede en la gran mayoría de los casos, o no, si sólo son utilizadas para un contrato de adhesión particular (art. 3.º2)¹⁴.

Pues bien, el legislador comunitario fue muy parco con relación a esta cuestión, pues sólo se refiere a ello directamente la primera parte del art. 5.º: «*En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible*»¹⁵. Por tanto, se marcó el objetivo de la comprensibilidad de las cláusulas no negociadas pero de forma muy deficitaria, pues no sólo se hizo de forma poco clarificadora con respecto al tipo de contratos para los que se requirió (sólo para los celebrados por escrito?) sino que tampoco se establecieron sanciones ante su incumplimiento¹⁶.

Por otro lado, no existe ninguna referencia en el articulado de la Directiva 93/13/CEE a la cognoscibilidad de las cláusulas no negociadas como requisito de incorporación al contrato de las mismas, aun a pesar de que existen dos alusiones al respecto al margen de dicho articulado: en el Considerando n.º 20, que, aparte de decir que «*los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles*», declara que «*el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas*»¹⁷, y en el punto i) del Anexo, que determina el carácter abusivo de una cláusula si tiene por objeto «*hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*»¹⁸.

¹³ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Contenido y efectos del contrato», *Derecho Privado Europeo*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (coord.), Colex, Madrid, 2003, pp. 443 y 444.

¹⁴ Cfr. DOCE de 21 de abril de 1993, L 95/31.

¹⁵ Cfr. DOCE de 21 de abril de 1993, L 95/31.

¹⁶ Vid. PAGADOR LÓPEZ, J., *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 53 y 54; *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 71 y 72.

¹⁷ Cfr. DOCE de 21 de abril de 1993, L 95/30.

¹⁸ Cfr. DOCE de 21 de abril de 1993, L 95/33.

Ello constituye, sin duda, una gran deficiencia del Derecho comunitario. El propio Informe de la Comisión Europea de 27 de abril de 2000 sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, reconoció que «*el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa*», a pesar de que también se dijo que «*la situación actual revela ... una ausencia total de “competencia” en cuanto a la calidad de las cláusulas contractuales*» y que «*la violación del principio de transparencia no entraña sanciones propiamente dichas, puesto que las cláusulas contractuales que no respetan los criterios de claridad y comprensibilidad no se consideran abusivas ni deben, por tanto, suprimirse*», de forma que, ignorando la posibilidad de un control de incorporación, «*en tal caso deberá prevalecer la interpretación más favorable para el consumidor, permitiendo así el mantenimiento de la cláusula contractual a pesar de sus irregularidades*»¹⁹.

Realmente, resulta difícil de entender que una cuestión de tanta trascendencia para la contratación con consumidores no fuera objeto de más atención en esta Directiva 93/13/CEE. El mismo Informe de la Comisión Europea aludió a la posibilidad de realizar un reconocimiento implícito de los objetivos de cognoscibilidad aplicados a las cláusulas no negociadas a partir de la interpretación de los citados Considerando n.º 20 y punto i) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE, lo cual parece querer justificar una ausencia injustificable que sin embargo se explica diciendo que «*el Consejo, aunque favorable a la atribución de tal derecho al consumidor, consideró que ésta no correspondía al marco jurídico de la Directiva 93/13/CEE, sino a las normativas nacionales que rigen la celebración de los contratos*»²⁰.

IV. EL SISTEMA ESPAÑOL: LA LCGC Y EL TRLCU

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la transposición al Derecho español de la Directiva 93/13/CEE se realizó, tardíamente, a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelan-

¹⁹ COM (2000) 248 final, pp. 18 y 19.

²⁰ COM (2000) 248 final, p. 18.

te, LCGC)²¹, transposición que fue además aprovechada por el legislador para introducir una normativa de mayor alcance, pues estableció un régimen jurídico completo sobre c.g.c. que superaba la hasta entonces fragmentaria regulación de las mismas que se contenía en el art. 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LCU).

A diferencia de lo que sucedía con esta última norma, de aplicación únicamente a la contratación con consumidores, la LCGC determina su aplicabilidad a todos los contratos que contengan c.g.c., sean celebrados entre empresarios o con consumidores (art. 2), es decir, persigue la protección de cualquier adherente, empresario o consumidor, frente a la utilización de c.g.c. por parte de un empresario o profesional predisponente.

No obstante, cuando se trate de un consumidor, y por lo que a nuestro tema se refiere, la regulación relativa a los requisitos de incorporación al contrato de las c.g.c. contenida en el art. 5.º LCGC se solapa con el art. 80.1.a) y b) TRLCU, que, procedente del antiguo art. 10.1.a) LCU, regula específicamente los requisitos de incorporación al contrato aplicables a las cláusulas no negociadas individualmente en la contratación con consumidores.

Con ello nos encontramos con que el TRLCU no sólo regula la misma cuestión para distinto ámbito subjetivo con respecto a la LCGC sino que, además, lo hace partiendo de un concepto distinto al de c.g.c., el de cláusulas no negociadas individualmente de la Directiva 93/13/CEE, cláusulas no negociadas que pueden ser c.g.c., como sucede en la mayoría de los casos, o no, si se trata de un contrato de adhesión particular. En cualquier caso, los contratos celebrados con consumidores que contengan c.g.c. se someten al TRLCU y, «además», a la LCGC (art. 59.3 TRLCU), lo que supone una aplicación supletoria de esta última con respecto a lo dispuesto en el TRLCU.

La literatura jurídica existente a propósito de este tema, requisitos de incorporación al contrato de las c.g.c. y consecuencias de su incumplimiento, es muy abundante en lo relativo al Derecho español. Por ello, en las páginas siguientes nos limitaremos a hacer un repaso de las cuestiones más relevantes, incidiendo en las novedades introducidas por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLCU, como fundamento para un posterior análisis comparativo y conclusiones al respecto.

²¹ El art. 10 de la Directiva 93/13/CEE estableció como plazo de transposición el 31 de diciembre de 1994.

2. REQUISITOS DE INCORPORACIÓN

El control de incorporación al contrato de las c.g.c. viene marcado, como vimos, por dos requisitos fundamentales que derivan del deber de información del predisponente y cuyo cumplimiento persigue garantizar la correcta formación del consentimiento contractual del adherente: cognoscibilidad de las c.g.c. y, consecuentemente, comprensibilidad de las mismas. Dada la utilidad de estos conceptos a efectos explicativos, serán los que utilicemos en este trabajo para realizar el análisis de los correspondientes textos legales.

2.1 Cognoscibilidad de las c.g.c.

2.1.1 EL ARTÍCULO 5.º1 Y 3 LCGC

La cognoscibilidad o accesibilidad de las c.g.c. está dirigida, como vimos, a procurar al adherente la posibilidad de que conozca su contenido en el momento de la celebración del contrato, bien porque se le entreguen por escrito o bien porque se le pongan a su disposición por cualquier otro medio.

A estos efectos, el art. 5.º LCGC sigue distinguiendo entre varios supuestos de modalidades de contratación de forma seguramente demasiado descriptiva, pese a que la derogación del art. 5.º4 LCGC y del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, de desarrollo de dicho art. 5.º4 LCGC, por la disposición derogatoria única.2 y 3, respectivamente, de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha mejorado bastante el panorama al suprimir, como veremos, el supuesto que anteriormente se refería a la contratación telefónica y electrónica. Con ello, la situación actual lleva a diferenciar entre:

a) Contratos que se formalicen por escrito (art. 5.º1 LCGC), por exclusión con relación a los requisitos previstos en el art. 5.º3 LCGC para los casos en que el contrato *«no deba formalizarse por escrito»*²², si bien evitando caer en el error interpretativo de que únicamente los tipos contractuales cuya regulación exige como requisito de validez su formalización por escrito requieren el cumplimiento de los requisitos del art. 5.º1 LCGC²³, que están pensa-

²² Así, PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 346.

²³ Así, entre otros, los arts. 6.1 Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, aplicable también a contratos celebrados entre empresarios; 98.7 TRLCU, para los contratos a distancia; 99.2 TRLCU, para los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil; 154.1 TRLCU, para el contrato de viaje combinado; 21.1 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, y 11.1 Ley 4/2012, de 6

dos para todos los contratos que se celebren por escrito, formales o no²⁴.

Pues bien, a pesar de la evidente mala técnica legislativa, el art. 5.º 1 LCGC exige la concurrencia de tres requisitos sobre los que existe abundante y autorizada explicación doctrinal, a saber, que se produzca la aceptación del contrato con la firma del adherente; que el predisponente informe o avise expresamente al adherente sobre la existencia de c.g.c., lo cual se cumple con una referencia a ello en el contrato, y la puesta a disposición del adherente de un ejemplar de las c.g.c., que podrá coincidir con el documento contractual o no, en el caso de reenvíos a otros documentos (incorporación por referencia)²⁵.

Por tanto, el requisito de la firma está referido al contrato, no a las c.g.c., que pueden estar recogidas en un documento complementario cuya referencia se recoja en la antefirma del contrato y que se ponga a disposición del adherente con la celebración del mismo²⁶. Para el contrato de seguro, el art. 3, párrafo primero, de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS), establece el requisito de que las c.g.c. se incluyan en la proposición de seguro, si la hubiere, y en todo caso en la póliza

de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico. Ello ha llevado a que se hable de un resurgimiento del formalismo en la contratación. *Vid. TORRES GARCÍA, T. F., «Protección del consumidor y derecho de la contratación», Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera, VVAA, Vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 881 ss.*

No obstante la exigencia de forma escrita, cabe su realización por vía electrónica dada la equiparación funcional entre el soporte escrito y el soporte electrónico (art. 23.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en adelante, LSSI) y entre la firma manuscrita y la firma electrónica reconocida (art. 3.4 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica). *Vid. GONZÁLEZ-MENESES, M., «La firma electrónica como instrumento de imputación jurídica. Una reflexión de derecho civil sobre la contratación electrónica», Nuevas perspectivas del Derecho contractual, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2012, pp. 426 ss.*

²⁴ *Vid. PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales..., op. cit., p. 347*, nota 18.

²⁵ *Vid. GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Artículo 5. Requisitos de incorporación», Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pp. 153 ss.; DURANY PICHA, S., «Artículos 5 y 7», Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación, VVAA, Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León (dirs.), Jesús Alfaro Águila-Real (coord.), Cívitas, Madrid, 2002, pp. 281 ss.; PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F., «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», Tratado de Contratos, Tomo II, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1812 ss.*

²⁶ La incorporación de c.g.c. en contratos que se celebren por escrito se subordina a que estén situadas encima de la firma del adherente o, en caso contrario (bajo la firma, en el reverso del documento o en un anexo), conste una referencia a su existencia en la antefirma. *Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, Las condiciones generales de la contratación, op. cit., pp. 216 y 217; PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales..., op. cit., p. 436*, «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas», *Derecho (privado) de los consumidores*, VVAA, Luis María Miranda Serrano/Javier Pagador López (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 110.

del contrato o documento complementario cuya copia se entrega al asegurado. Pero, además, las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados deben ser aceptadas por escrito «específicamente»²⁷.

Se trata de un conjunto de requisitos que, a pesar de su aplicación a cualquier adherente, parecen estar pensados únicamente para la protección del consumidor obviando las dificultades que su estricto cumplimiento puede ocasionar en las relaciones jurídicas entre empresarios, tanto desde el punto de vista de la agilidad que requiere el tráfico empresarial como de su coste económico, razones que han dado lugar a que se proponga un tratamiento diferenciado para las relaciones empresariales, en las que son frecuentes prácticas como las cláusulas de conformidad sobre la incorporación de c.g.c. o la remisión a las c.g.c. en hojas de suministro y facturas emitidas en relaciones duraderas²⁸.

Esta situación ha llevado a propugnar incluso una reconducción de los contratos entre empresarios que no deban formalizarse por escrito a los requisitos de incorporación del art. 5.º3 LCGC, previstos para la contratación oral²⁹, pero lo cierto es que el art. 5.º1 LCGC es una norma aplicable a todos los contratos con c.g.c. que se celebren por escrito, con independencia de que la forma escrita sea obligatoria o no y de que lo sean entre empresarios o con consumidores³⁰. Como veremos, el ALCM recoge unos requisitos de incorporación al contrato de las c.g.c. mucho más flexibles que responden a estas consideraciones.

b) Contratos que no se formalicen por escrito, en los que el predisponente se limita a entregar un resguardo justificativo de la contraprestación recibida (art. 5.º3 LCGC), es decir, contratos en los que las c.g.c. cumplen una función más limitada por ser cuantitativamente reducidas y estar destinadas a clarificar aspectos muy concretos, como las formas de pago o las limitaciones de responsa-

²⁷ *Vid.* PAGADOR LÓPEZ, J., «La protección del consumidor en el contrato de seguro», *Derecho (privado) de los consumidores*, VVAA, Luis María Miranda Serrano/Javier Pagador López (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 379 ss.

En la jurisprudencia, *vid.* STS de 30 de diciembre de 2005 (*R. J. A.* n.º 179, de 2006), STS de 8 de marzo de 2007 (*R. J. A.* n.º 1527), STS de 13 de mayo de 2008 (*R. J. A.* n.º 3059), STS de 13 de noviembre de 2008 (*R. J. A.* n.º 5917), para un caso en el que además la cláusula limitativa estaba en un documento distinto al firmado por el asegurado, y STS de 23 de diciembre de 2011 (*R. J. A.* n.º 1896, de 2012).

²⁸ *Vid.* DURANY PICH, «Artículos 5 y 7», *op. cit.*, pp. 272 ss.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Thomson Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 120 ss.

²⁹ *Vid.* DURANY PICH, «Artículos 5 y 7», *op. cit.*, p. 293.

³⁰ Por ello, ALBIEZ DOHRMANN ha considerado acertadamente que, siendo ésta la voluntad del legislador, una interpretación distinta como la anteriormente descrita es *contra legem*. *Vid.* *La protección jurídica de los empresarios..., op. cit.*, p. 138.

bilidad en relación con el objeto del contrato. Por otro lado, la ausencia de resguardo justificativo (factura, recibo o ticket) no se considera obstáculo para encuadrar este tipo de contratos no celebrados por escrito en el ámbito del art. 5.º3 LCGC, pues el resguardo tiene únicamente valor probatorio de la contratación realizada³¹.

En estos supuestos, la incorporación de c.g.c. al contrato requiere que se garantice al adherente la «*posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido*» por cualquier medio, por ejemplo, según dice la propia norma, a través de anuncios visibles en el lugar de celebración del contrato, que pueden suponer una remisión a las c.g.c., o de su inserción en la documentación del mismo, como sucede habitualmente con los tickets de transporte. En cualquier caso, el contenido de las c.g.c. ha de poder ser conocido por el adherente antes de la celebración del contrato o, a más tardar, en el momento de su celebración, si bien es cierto que si se insertan en la documentación del contrato realmente la posibilidad de conocer no existe hasta el momento inmediatamente posterior a dicha celebración³².

Como hemos anunciado, la disposición derogatoria única.2 y 3 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLCU, ha derogado el art. 5.º4 LCGC, que se refería a la incorporación de c.g.c. en contratos celebrados por vía telefónica o electrónica, y su reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regulaba la contratación telefónica o electrónica con c.g.c.

Ambas normas configuraban un farragoso panorama normativo que, afortunadamente, ha desaparecido, pese a que la justificación del legislador con respecto a su derogación se ha limitado a aludir a que resultaban «*incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva que se traspone*» (Preámbulo, III, de la Ley 3/2014), es decir, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

Entre otras cuestiones, las normas derogadas incurrián en errores como dar un mismo tratamiento a la contratación telefónica y

³¹ Su ausencia plantea un problema de prueba, pero la incorporación de las c.g.c. queda sometida a los requisitos de esta norma. *Vid.* DURANY PICH, «Artículos 5 y 7», *op. cit.*, pp. 293 y 294; LLADRÀ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales. Un estudio sobre sus controles de incorporación y de contenido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 297.

³² *Vid.* GONZÁLEZ PACANOWSCA, «Artículo 5...», *op. cit.*, pp. 163 ss.; DURANY PICH, «Artículos 5 y 7», *op. cit.*, pp. 295 ss.; PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F., «Artículo 80», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 701, «Los contratos de adhesión...», *op. cit.*, pp. 1816 ss.

electrónica, pese a que la primera carece de los mecanismos de la electrónica a efectos de puesta a disposición de las c.g.c. y de registro de la aceptación³³. Pero, sobre todo, esta regulación incidía en la descripción de supuestos en función de modalidades contractuales y en el detalle de cada una de ellas sin contribuir a la mejor consecución del objetivo que pretende el control de incorporación al contrato de las c.g.c.

Así, el art. 5.4.º LCGC decía que debía quedar constancia, según lo que reglamentariamente se estableciera, de «*la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional*», debiéndose además enviar «*inmediatamente*» al adherente «*justificación escrita*» del contrato en todos sus términos.

No obstante este tenor literal de la norma, no se consideraba necesaria, por ilógica, una aceptación individualizada de «*todas y cada una*» de las cláusulas del contrato³⁴. Por otro lado, la alusión a que la firma convencional no era necesaria era en buena medida superflua para estas modalidades de contratación, tanto porque el art. 3.4 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, ya dice que ésta «*tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel*», como por el hecho de que la forma más habitual de manifestarse la aceptación en el ámbito del comercio electrónico es mediante el «click» que se realiza en la web de la empresa oferente. Finalmente, la necesidad de envío de justificación escrita del contrato al adherente no constituía un requisito de incorporación de las c.g.c. al contrato sino una carga del predisponente dirigida a garantizar el conocimiento del contenido del contrato, ya realizado, por el adherente.

Por su parte, el RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regulaba la contratación telefónica o electrónica con c.g.c., se dedicó a regular dos cuestiones que, aparte de extralimitarse con relación a la habilitación legal otorgada para dictar una norma reglamentaria³⁵, fueron objeto de crítica doctrinal generalizada: un deber de información previa del predisponente consistente en facilitar el texto completo de las c.g.c. con un mínimo de tres días

³³ *Vid. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», Tratado de Contratos, Tomo II, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1942.*

³⁴ *Vid. PERTÍNEZ VÍLCHEZ, «Artículo 80», op. cit., p. 704, «Los contratos de adhesión...», op. cit., p. 1820.*

³⁵ Referida únicamente al punto relativo a la constancia de la aceptación del adherente de todas las cláusulas del contrato, que además no fue objeto de regulación. Por esta razón se sostuvo su nulidad de pleno derecho. *Vid. GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Las condiciones generales en la contratación electrónica», La Ley, 2001, pp. 1694 ss.*

naturales previos a la celebración del contrato «*por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada*» (art. 2), y la obligación del predisponente de confirmar documentalmente el contrato realizado, salvo en los supuestos de comercio electrónico directo³⁶, enviando al adherente una justificación escrita o, a propuesta del mismo adherente, en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado, y ello con carácter inmediato a su celebración o, a más tardar, en el momento de entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato (art. 3).

Con respecto a ello, el plazo mínimo de tres días naturales anteriores a la celebración del contrato en que habían de facilitarse las c.g.c. se consideraba totalmente inadecuado para las relaciones jurídicas entre empresarios, caracterizadas por la agilidad con que se realizan³⁷, y para el comercio electrónico en general, vinculado a un objetivo de inmediatez³⁸, razones por las que se propugnó su desaparición³⁹.

Sin embargo, para el caso de la contratación electrónica, el art. 27.4 LSSI se refiere a este mismo deber de información del predisponente sin aludir al plazo mínimo de tres días naturales de antelación que había establecido previamente la norma reglamentaria: «*con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario*». Con base en ello, el requisito del plazo ya no se consideraba exigible en la contratación electrónica antes de la derogación del RD 1906/1999: es suficiente con

³⁶ Se considera que existe comercio electrónico directo cuando tanto la oferta y aceptación como la entrega de bienes o servicios y su pago se realizan por vía electrónica (servicios de información, consultas y actualizaciones de bases de datos, revistas electrónicas, programas informáticos...). Por el contrario, el comercio electrónico indirecto es aquél en el que sólo la oferta y la aceptación se realizan por vía electrónica, pues la entrega de los bienes o la ejecución de los servicios objeto del contrato se llevan a cabo por los canales ordinarios. *Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La contratación electrónica y la defensa del consumidor», El comercio electrónico, VVAA, Joseba A. Echeverría Sáenz (coord.), Edisofer, Madrid, 2001, p. 34.*

³⁷ Así, ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios..., op. cit.*, p. 136.

³⁸ De ahí que dicho plazo se considerara computable con relación al tiempo en que las c.g.c. eran accesibles en el sitio web del predisponente y no desde que el consumidor las consultaba. *Vid. GONZÁLEZ DE ALAIZA, «Los contratos de adhesión ...», op. cit.*, p. 1945.

³⁹ *Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, «La contratación electrónica y la defensa del consumidor», op. cit., p. 57.*

que las c.g.c. se pongan a disposición del adherente *«con carácter previo»* a la celebración del contrato⁴⁰.

En la misma línea, en el ámbito de la contratación con consumidores, el art. 9.1 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, obliga al proveedor de estos servicios a comunicar el contenido del contrato *«en soporte papel u otro soporte duradero accesible al consumidor, con suficiente antelación a la posible celebración del contrato a distancia»*⁴¹.

Finalmente, la *«confirmación documental de la contratación efectuada»* del art. 3 RD 1906/1999 no constituía tampoco, al igual que sucedía con la parte final del art. 5.º4 LCGC, un requisito de incorporación de las c.g.c., pues el contrato estaba ya realizado cuando había de confirmarse, con las c.g.c., por tanto, incorporadas (si se cumplieron los requisitos de incorporación); simplemente se trataba de una carga del predisponente dirigida a garantizar el conocimiento del adherente sobre el contenido del contrato, razón por la que no se requería para los supuestos de comercio electrónico directo⁴².

Por todo ello, la derogación del art. 5.º4 LCGC y del RD 1906/1999 ha contribuido a mejorar notablemente la situación de nuestra legislación en este punto, sin perjuicio de que las normas contenidas en los vigentes números 1 y 3 del art. 5.º LCGC merezcan también una revisión a la que nos referiremos más adelante. Por lo que se refiere a la LCGC, puede concluirse en este momento con que dicho art. 5.º1 y 3 establecen un conjunto de requisitos de incorporación que convergen en la finalidad de que el adherente tenga posibilidad de conocer la existencia y contenido de las c.g.c., como así plasma la misma LCGC en su art. 7.ºa) cuando, al determinar qué c.g.c. no quedan incorporadas al contrato por incumplir

⁴⁰ La disposición final 5.ª LSSI encomendó al gobierno la adaptación del RD 1906/1999 a lo dispuesto en dicha LSSI, lo cual no se produjo. No obstante, no hay duda de que el art. 2 RD 1906/1999 estaba superado por el art. 27.4 LSSI. *Vid. GONZÁLEZ DE ALAIZA*, «Los contratos de adhesión ...», *op. cit.*, pp. 1946 ss.

⁴¹ Conforme al art. 9.2, si este tipo de contratos se celebran, a petición del consumidor, por una técnica de comunicación a distancia que no permita hacer efectivo el apartado 1, su cumplimiento habrá de realizarse *«inmediatamente después de la formalización del contrato»* y *«sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación»*.

⁴² *Vid. DURANY PICH*, «Artículos 5 y 7», *op. cit.*, p. 312. Además, y pese al tenor literal de la norma, se consideraba que una interpretación razonable de la misma debía llevar a permitir al predisponente el empleo de soporte electrónico en esta confirmación del contrato, aunque no fuera a propuesta del adherente, sirviendo como apoyo el art. 23.2 LSSI: *«Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos»*. *Vid. MIRANDA SERRANO, L. M.*, «La contratación a distancia de consumo: TRDCU y Directiva 2011/83/UE», *Derecho (privado) de los consumidores*, VVAA, Luis María Miranda Serrano/Javier Pagador López (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 174.

dichos requisitos, dice genéricamente que no se consideran incorporadas aquéllas respecto de las que «*el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5*».

2.1.2 EL ARTÍCULO 80.1.a) y b) TRLCU

El art. 80.1.b), primera parte, TRLCU se refiere también al requisito de la cognoscibilidad de las cláusulas no negociadas que conformen el contenido de contratos celebrados con consumidores diciendo que han de cumplir con los requisitos de «*accesibilidad (...), de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*

Por tanto, se requiere una puesta a disposición de las cláusulas no negociadas («*accesibilidad*») previa a la celebración del contrato que puede realizarse por cualquier medio que garantice dicha accesibilidad⁴³; para el caso de la contratación electrónica, esta norma se corresponde con lo que dispone el citado art. 27.4 LSSI. Sin embargo, llama la atención que, posteriormente, el art. 89.1 TRLCU, con origen en el citado punto i) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE, diga que son cláusulas abusivas aquéllas respecto de las que el consumidor «*no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*». Si no ha tenido oportunidad de conocerlas incumplen los requisitos de incorporación y, por tanto, no forman parte del contrato⁴⁴.

Por otro lado, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha contribuido también a mejorar notablemente esta norma suprimiendo su párrafo segundo, que reproducía casi literalmente el derogado art. 5.4.º LCGC⁴⁵. Con ello, la necesidad de que el consumidor tenga posibilidad de conocer las cláusulas no negociadas antes de la celebra-

⁴³ Recuérdese, para los contratos verbales, la exemplificación del art. 5.º3 LCGC.

⁴⁴ Ante ello, la norma se explica considerando que estaría referida a supuestos de cláusulas no negociadas que afirmen que el adherente admite haber recibido información previa a la celebración del contrato relativa a las mismas, estando así cumplido el control de inclusión. *Vid.* GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Comentario al artículo 89.1», *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 1113 y 1114; CÁMARA LAPUENTE, S., «Artículo 89», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, VVAA, Sergio Cámará Lapuente (dir.), Colex, Madrid, 2011, pp. 913 y 915.

⁴⁵ La única diferencia estaba en la especificación relativa a la justificación del contrato, que no es requisito de incorporación, respecto de la que se decía que podía ser escrita, como dicho art. 5.4.º LCGC, «*o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada*», con bastante similitud con el también derogado art. 3 RD 1906/1999.

ción del contrato consigue una formulación más genérica ganando así en claridad normativa, si bien, como veremos, mezclando en el mismo precepto esta puesta a disposición del contenido del contrato con el requisito de la comprensibilidad del mismo.

Para los contratos celebrados por escrito, el art. 80.1.a) TRLCU dice que las cláusulas no negociadas deben de tener «*posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual*», lo cual viene a insistir en la necesidad de que el adherente, en este caso, el consumidor, tenga a su disposición las cláusulas no negociadas en el momento de celebración del contrato, bien porque formen parte de él o bien porque se le proporcionen a través de un anexo al mismo (art. 5.º1 LCGC), sin posibilidad de que actúen las denominadas «cláusulas de referencia» y sin posibilidad de una puesta a disposición que no suponga entrega material de dichas cláusulas no negociadas⁴⁶.

Sin embargo, a diferencia del art. 5.º1 LCGC, el art. 80.1.a) TRLCU no dice nada a propósito del requisito de la firma en los contratos que se celebren por escrito, que representa la manera habitual de expresión de la aceptación en este tipo de contratos. Ello no quiere decir que esté ausente del TRLCU, pues aparece en el art. 63.1 TRLCU, que recoge la norma relativa a la obligación del empresario de entregar al consumidor un recibo, copia o documento acreditativo de la operación [antiguo art. 10.1.b) LCU]: «*En los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación*». En la medida en que esta entrega de recibo, copia o documento acreditativo no constituye un requisito de incorporación al contrato de su contenido sino de una carga posterior del empresario, esta norma figura actualmente en dicho art. 63.1 TRLCU, si bien mezclando inadecuadamente con ello el requisito de la firma, que sí es un requisito de incorporación al contrato⁴⁷.

Finalmente, el caso particular de la contratación telefónica con consumidores aparece contemplado actualmente en el art. 98.6

Además, se decía que «*la carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente*».

⁴⁶ Por ejemplo, no cabe incorporación a través de un folleto que se encuentre en el local en que se celebra el contrato. *Vid. PERTÍNEZ VÍLCHEZ*, «Artículo 80», *op. cit.*, p. 700.

⁴⁷ Sobre la aplicabilidad del requisito de la firma del consumidor del art. 63.1 TRLCU a los contratos que se celebren por escrito, *vid. PERTÍNEZ VÍLCHEZ*, «Los contratos de adhesión...», *op. cit.*, p. 1818.

TRLCU, en sede de contratos a distancia, en los que no hay «*presencia física simultánea*» de empresario y consumidor (art. 92.1 TRLCU). Esta norma establece la obligación del empresario de confirmar al consumidor la oferta del contrato por escrito o, salvo oposición de este último, en cualquier otro soporte de naturaleza duradera, y, además, determina que el consumidor sólo quedará vinculado «*una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o sms*».

2.2 Comprendibilidad de las c.g.c.: los artículos 5.5.º LCGC y 80.1.a) y b) TRLCU

La comprensibilidad o transparencia de las c.g.c. exige el cumplimiento de requisitos relacionados con su redacción. Así, el art. 5.º5 LCGC dice que «*deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*», y, para las cláusulas no negociadas que se inserten en contratos celebrados con consumidores, el art. 80.1.a) TRLCU reitera lo anterior diciendo que deben estar redactadas conforme a criterios de «*concreción, claridad y sencillez*»⁴⁸.

Ello presupone la «*legibilidad*» o perceptibilidad de las cláusulas contractuales [art. 80.1.b) TRLCU], cuestión que está en íntima relación con el tamaño tipográfico de la letra y con la calidad de impresión utilizadas. Por esta razón, la reforma del art. 80.1.b) TRLCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha profundizado en este requisito añadiendo que «*en ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese difícil la lectura*». El legislador ha optado por proteger al consumidor en este ámbito a través de la inserción de un criterio objetivo cuyo incumplimiento permite descartar automáticamente la validez de la incorporación al contrato de las cláusulas afectadas, lo cual debe ser valorado de forma muy positiva por su utilidad para la protección del consumidor ante las más que habituales prácticas empresariales en este sentido.

Con la misma finalidad y en cumplimiento de la Directiva 2011/83/UE, la reforma del TRLCU de 2014 ha incidido en el requisito de la comprensibilidad aplicándolo a la información pre-contractual que se suministra al consumidor, que integra el conte-

⁴⁸ Para el contrato de seguro, el art. 3 LCS dice que las c.g.c. deben redactarse «*de forma clara y precisa*».

nido del contrato (arts. 61.2 y 97.5 TRLCU): el art. 60.1 TRLCU dice que dicha información relativa a las características principales del contrato ha de facilitarse «*de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto*»; de igual forma, el art. 98.1 TRLCU, con relación a los contratos a distancia, dice que ha de facilitarse «*en términos claros y comprensibles*», y, además, que «*siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible*»⁴⁹; en el mismo sentido, el art. 99.1 TRLCU dice que la información precontractual que debe ponerse a disposición del consumidor en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil «*deberá ser legible y estar redactada al menos en castellano y en términos claros y comprensibles*».

Por otro lado, el cumplimiento de los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de las cláusulas no negociadas ha de tomar como referencia al adherente medio con relación al tipo de contrato de que se trate y a las circunstancias típicamente concurrentes en la celebración de dicho tipo contractual⁵⁰.

No obstante, con carácter general puede decirse que las cláusulas contractuales no cumplen con dichos requisitos cuando, entre otros casos, se redactan de forma oscura o abigarrada, se incluyen de forma desordenada y se recurre demasiado a remisiones internas dentro del contrato o a disposiciones legales imposibilitando que el adherente se forme un adecuado conocimiento de su posición contractual. La valoración de la transparencia de las cláusulas no negociadas debe realizarse, por tanto, en conexión con el conjunto del contrato, que no puede ser utilizado por el predisponente para introducir el contenido contractual de forma subrepticia. Además, las cláusulas han de ser concretas, lo cual impide la utilización de fórmulas vagas o imprecisas que dificulten que el adherente pueda formarse una idea definida de dicha posición contractual⁵¹.

⁴⁹ Especialmente para los contratos electrónicos que conlleven obligaciones de pago, *vid. art. 98.2 párrafo primero TRLCU*.

⁵⁰ El concepto de consumidor medio ha sido utilizado por la jurisprudencia del TJUE y posteriormente adoptado por el Derecho comunitario. *Vid. Considerando (18) de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, en el que, con fundamento en lo previamente declarado por el TJCE, se dice que consumidor medio es aquél que «está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos».*

No obstante, este concepto se intuye ya, aplicado además específicamente a la comprensibilidad de las c.g.c., en las SSTS de 5 de julio de 1997 (Fundamento de Derecho Tercero) (*R. J. A. n.º 6151*), 20 de febrero de 1998 (Fundamento de Derecho Tercero) (*R. J. A. n.º 604*), y 13 de noviembre de 1998 (Fundamento de Derecho Segundo) (*R. J. A. n.º 8742*), cuando aluden a la necesidad de que sean comprendidas por «*persona de tipo medio*».

⁵¹ *Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, Las condiciones generales de la contratación, op. cit., pp. 235 ss.; PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales..., op. cit., pp. 401 ss., «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales ...», op. cit., p. 109;*

En consonancia con el art. 5.º5 LCGC, el art. 7.ºb) LCGC insiste en que no se consideran incorporadas al contrato las c.g.c. que sean «*ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*», pero introduce una salvedad referida a estas últimas: las cláusulas incomprensibles quedan incorporadas al contrato cuando «*hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato*». Pese a la perplejidad que la redacción de esta norma pueda causar, que parece validar la incorporación al contrato de cláusulas incomprensibles en determinados ámbitos⁵², su significado hay que vincularlo a la incomprensibilidad aparente, para un adherente medio, de cláusulas que sin embargo se ajustan a normas específicas sobre transparencia, particularmente, las relacionadas con la contratación bancaria y bursátil, que se caracterizan por un nivel de tecnicismo muy elevado cuya utilización es necesaria en estos sectores de la contratación; de ahí que el cumplimiento del requisito de la transparencia se haga depender de la normativa específica existente al respecto⁵³.

A nivel jurisprudencial, el requisito de la transparencia de las cláusulas no negociadas tiene un hito en la STS de 9 de mayo de 2013⁵⁴, que ha dado lugar a que esta problemática se convierta en un tema de plena actualidad jurídica y gran repercusión social. En esta resolución, a iniciativa de AUSBANC (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios) y en ejercicio de acción colectiva de cesación de c.g.c., se declaró que las cláusulas que establecen límites a la variabilidad de los tipos de interés en contratos de préstamo hipotecario, conocidas como «cláusulas suelo», incumplen el

GONZÁLEZ PACANOWSCA, «Artículo 5...», *op. cit.*, pp. 188 ss., «Artículo 80, Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente», *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 926 y 927; DURANY PICH, «Artículos 5 y 7», *op. cit.*, pp. 318 y 319; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 68 ss., «Artículo 80», *op. cit.*, pp. 698 y 699, «Los contratos de adhesión...», *op. cit.*, pp. 1821 ss.; DURÁN RIVACOBA, «Valor jurídico de las condiciones generales ...», *op. cit.*, pp. 695 ss.

⁵² En este sentido, la crítica de la doctrina. *Vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación, (Crónica de lo incomprensible)», *Anuario de Derecho Civil*, 2001, pp. 1125 ss.; LLAMAS POMBO, E., «Comentario al art. 10 bis», *Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, VVAA, Eugenio Llamas Pombo (coord.), La Ley, Madrid, 2005, p. 286.

⁵³ *Vid.* LLODRÀ GRIMALT, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, *op. cit.*, p. 318; DURÁN RIVACOBA, «Valor jurídico de las condiciones generales ...», *op. cit.*, pp. 698 y 699; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Artículo 80», *op. cit.*, p. 698, «Los contratos de adhesión...», *op. cit.*, p. 1824.

⁵⁴ *R. J. A.* n.º 3088.

deber de transparencia del art. 80.1 TRLCU cuando, a pesar de ser claras si se consideran de forma aislada, no se destacan suficientemente en el contrato, con lo que se priva al consumidor de información clara y comprensible sobre el coste del préstamo en el momento de celebración de dicho contrato.

A estos efectos, el TS distinguió entre el control de inclusión de los arts. 5.º5 y 7.ºb) LCGC, que considera superado por las c.g.c. objeto de controversia al ser «*examinadas de forma aislada*» (Fundamento de Derecho Undécimo), y el del art. 80.1 TRLCU, aplicable a contratos con consumidores, que entiende violado al valorarlo en el contexto contractual concreto en el que se enmarcaban tales c.g.c., que no permitió que los consumidores afectados tuvieran información clara y comprensible sobre las mismas. Particularmente, con relación a las «*cláusulas suelo*» utilizadas por BBVA, dice que «*no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro*» (Fundamentos de Derecho Duodécimo y Decimotercero).

En el mismo sentido pero con relación a un contrato de crédito al consumo, la STJUE (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014 ha declarado que «*la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo*»⁵⁵. Es decir, el requisito de la transparencia implica no sólo que las cláusulas sean claras desde el punto de vista gramatical sino que también lo sean en orden a la comprensión por el consumidor de la carga económica que realmente le supone el contrato.

Esta doctrina ha sido recogida por la STS de 26 de mayo de 2014, dictada con relación a un contrato de compraventa de vivienda sobre plano, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo.5 se dice que el control de transparencia supone la obligación del pre-disponente de que «*la cláusula considerada no solo sea clara e inteligible, gramaticalmente para el contratante consumidor, sino*

⁵⁵ Apartado 75, TJCE 2014/105, C-26/13.

*que también resulte transparente tanto en la comprensión de la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que debe realizar a cambio de la prestación que quiere o espera obtener, como de la comprensión, clara y sencilla, de la carga jurídica del contrato, es decir, de la posición jurídica que asume en los aspectos básicos que definen el contrato celebrado, como en la respectiva asignación o distribución de los principales riesgos del contrato celebrado*⁵⁶.

Finalmente, la STS de 8 de septiembre de 2014 ha incidido en la necesidad de cumplir el principio de transparencia con relación a las «cláusulas suelo» declarando que, dado que constituyen un «elemento significativo» en este tipo de contratos, no es admisible que pasen desapercibidas para el consumidor sino que deben ser objeto de un «realce específico y diferenciable» con respecto al resto del contenido del contrato (Fundamento de Derecho Segundo.9)⁵⁷.

Por otro lado, esta falta de transparencia dio lugar a que el TS, en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, realizara un juicio de abusividad sobre las «cláusulas suelo» controvertidas que se resolvió a favor del consumidor: se consideran abusivas, pero de nuevo no en sí mismas consideradas sino como consecuencia de la falta de transparencia que se deriva del modo en que se insertaron en el contrato, determinante del desequilibrio contractual entre las partes (Fundamento de Derecho Decimoquinto). Esto no es algo nuevo de nuestra jurisprudencia, pues la abusividad por falta de transparencia ha sido declarada en ocasiones anteriores con la finalidad de proteger al consumidor⁵⁸. No obstante, debe tenerse presente la configuración legal del requisito de la transparencia como parte del control de incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas: si no son transparentes, y efectivamente no lo son si no están destacadas suficientemente en el contrato, la consecuencia jurídica es que no quedan incorporadas al contenido contractual y, por tanto, no hay necesidad de entrar a valorar si dicha falta de transparencia es determinante o no de la causación de un desequilibrio en perjuicio del consumidor.

En cualquier caso, y con relación a dichas «cláusulas de suelo», el art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, dispone que las escrituras públicas relativas

⁵⁶ R. J. A. n.º 3880.

⁵⁷ R. J. A. n.º 4660.

⁵⁸ Vid. SSTS de 22 de diciembre de 2009 (R. J. A. n.º 703, de 2010), 17 de junio de 2010 (R. J. A. n.º 5407) y, sobre todo, 1 de julio de 2010 (R. J. A. n.º 6554).

a la contratación de préstamos hipotecarios por personas físicas para adquisición de vivienda o derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir en las que se incluyan limitaciones a la variabilidad del tipo de interés del tipo de las «cláusulas suelo» incluyan, junto a la firma del consumidor, «una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato». Con ello, la incorporación de este tipo de cláusulas a los contratos de préstamo hipotecario queda también condicionada por el cumplimiento de este requisito de expresión manuscrita, dirigido a reforzar el conocimiento de su existencia y significado por el consumidor.

Para terminar, hay que hacer una referencia a la problemática que plantea el hecho de que el art. 6.º2 LCGC recoja el criterio de interpretación *contra proferentem* del art. 1288 CC diciendo que «*las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente*», pues en principio entra en contradicción con las normas de incorporación previamente establecidas por la misma LCGC, que impiden que las cláusulas oscuras se consideren incorporadas al contrato. Ello ha sido acertadamente resuelto con base en el propio sentido de las normas de inclusión y de las normas de interpretación, es decir, entendiendo que sólo los casos leves de oscuridad, que pasan el control de incorporación porque cumplen sus requisitos pero a pesar de ello originan alguna duda o ambigüedad interpretativa, están sometidos al art. 6.º2 LCGC⁵⁹.

3. LAS CLÁUSULAS «SORPRENDENTES»

En la línea de la Directiva 93/13/CCE, ni la LCGC ni el TRLCU contienen ninguna norma relativa a la incorporación al contrato de las llamadas, con origen en la jurisprudencia alemana, cláusulas «sorprendentes», es decir, aquéllas de contenido tan insólito que el adherente no pudo contar razonablemente con su existencia en el momento de celebración del contrato⁶⁰.

⁵⁹ *Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, Las condiciones generales de la contratación, op. cit., pp. 233 y 234, 285 ss., con relación al antiguo art. 10.1.a LCU; PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales..., op. cit., pp. 363 y 364, 398 ss., «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales ...», op. cit., p. 113.*

⁶⁰ *Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, Las condiciones generales de la contratación, op. cit., pp. 241 ss., 259 ss.; PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales..., op. cit., pp. 499 ss.*

Sin embargo, nuestra doctrina ha considerado que tales cláusulas no deben considerarse incorporadas al contrato en la medida en que su contradicción con las expectativas legítimas y razonables del adherente y, en definitiva, con la buena fe, determina que no queden cubiertas por su aceptación. Con ello se otorgaría reconocimiento jurídico a la irreprochabilidad (moral) de la conducta típica de los adherentes, que les lleva a no conocer el contenido contractual, al tiempo que se intenta garantizar su confianza en la honestidad del predisponente, que tendría un deber específico de información con relación a este tipo de cláusulas «insólitas»⁶¹.

Este argumento no acaba de ser coherente con los fundamentos del control de incorporación al contrato de los clausulados predisuestos, otorgar al adherente la posibilidad de conocer el contenido de los mismos para, a partir de ahí, legitimar la validez de su consentimiento contractual. Por ello, en ausencia de normas específicas dirigidas a garantizar el conocimiento de este tipo de cláusulas, quizás lo más conveniente sea reconducirlas al ámbito del control de contenido, pues es difícil que su carácter sorprendente o insólito pueda escapar del juicio de abusividad (art. 82.1 TRLCU)⁶².

4. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento de los requisitos de incorporación al contrato del art. 5.º LCGC da lugar a que las cláusulas afectadas no se consideren incorporadas al contrato (art. 7.º LCGC), al igual que sucede en el caso de que contenga condiciones particulares que contradigan c.g.c., salvo que estas últimas sean más beneficiosas para el adherente (art. 6.º1 LCGC). Por su parte, el TRLCU no prevé sanción para el incumplimiento del art. 80.1.a) y b) TRLCU, por lo que, en caso de que afecte a cláusulas no negociadas que no

⁶¹ *Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, Las condiciones generales de la contratación, op. cit., p. 247; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 490 ss., 625 ss.; DURANY PICH, «Artículos 5 y 7», op. cit., p. 321 y 322; DURÁN RIVACOBA, «Valor jurídico de las condiciones generales ...», op. cit., pp. 712 y 713.*

⁶² *Vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Los contratos de adhesión...», op. cit., pp. 1855 ss.*
En este sentido, el art. 3.1 párrafo segundo de la propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores de 5 de marzo de 1992 preveía expresamente la consideración como abusivas de aquellas cláusulas no negociadas que implicaran «una ejecución del contrato significativamente diferente de aquella que el consumidor podría legítimamente esperar». *Cfr. DOCE, C 73, de 24 de marzo de 1992, p. 9.* En el ámbito jurisprudencial, *vid. STS de 17 de octubre de 2007*, en la que se dijo que la falta de acogida explícita de la regla de las cláusulas «sorprendentes» en nuestro ordenamiento jurídico no quiere decir que sea totalmente ajeno a ellas (Fundamento de Derecho Tercero) (*R. J. A. n.º 6275*).

sean c.g.c., la sanción aplicable será la nulidad de pleno derecho (art. 6.3 LCGC)⁶³.

La sanción de «*no incorporación*» al contrato del art. 7.º LCGC es sólo aparentemente distinta a la nulidad de pleno derecho a que seguidamente se refiere la misma LCGC en su art. 8.º1: «*serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley*», por lo tanto, también en el art. 5.º LCGC, o, continúa, recogiendo el art. 6.3 CC, «*en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*», como es el caso de las c.g.c., utilizadas en la contratación con consumidores, que sean cláusulas abusivas conforme a los arts. 82 a 91 TRLCU (art. 8.º2 LCGC).

De hecho, la no incorporación al contrato de las c.g.c. que incumplan los requisitos de incorporación se traduce en su inexistencia, en que se tengan por no puestas, lo cual a efectos de encuadre en una categoría de ineficacia ante la necesidad de declaración judicial remite a la nulidad de pleno derecho, como evidencia el hecho de que, seguidamente, los arts. 9.º y 10 LCGC sometan a ambas sanciones, no incorporación y nulidad, al mismo régimen jurídico general, el de la nulidad contractual: «*la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual*» (art. 9.º1 LCGC)⁶⁴.

Específicamente, no incorporación y nulidad también comparten consecuencias, inspiradas en el modelo alemán sobre c.g.c.⁶⁵, en el sentido de que la sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción de nulidad o de declaración de no incorporación decretará la nulidad total del contrato cuando la nulidad o no incorporación de las c.g.c. afecte a sus elementos esenciales (art. 9.º2 LCGC) o no pueda subsistir sin las c.g.c. afectadas (art. 10.1 LCGC)⁶⁶, o bien, en caso contrario, la

⁶³ *Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones, VVAA, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), Colex, Madrid, 2014, p. 434.*

⁶⁴ Se trata, no obstante, de una nulidad con caracteres peculiares, derivados de su configuración al servicio de un interés privado, el del adherente, único con legitimación al respecto. *Vid. BLANDINO GARRIDO, M.ª A., «La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato», Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.ª L./Méndez Serrano, M.ª M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 247 y 248, 250 ss.*

⁶⁵ *Vid. PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales..., op. cit., p. 602.*

⁶⁶ Imposibilidad de subsistencia del contrato que se derive de la situación inequitativa para una o ambas partes a que se llegue como consecuencia de la nulidad de las c.g.c. *Vid. PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales..., op. cit., pp. 686 ss.*

nulidad parcial del mismo, en cuyo caso habrá de integrarse la parte del contrato afectada por la nulidad o no incorporación conforme al art. 1258 CC (art. 10.2 LCGC)⁶⁷.

¿Qué diferencias hay, pues, entre no incorporación y nulidad? Desde el punto de vista funcional ninguna, por lo que la no incorporación al contrato constituiría simplemente una forma de denominar la nulidad de las c.g.c. ante el incumplimiento de los requisitos de incorporación⁶⁸. Con ello nos encontramos de nuevo ante un ejemplo de la mala técnica legislativa que caracteriza a la LCGC, que nominalmente contempla una sanción distinta a la nulidad de pleno derecho, lo cual es bastante lamentable por inducir a confusión en la regulación de una materia que afecta de forma directa a la protección del adherente frente a los abusos del predisponente.

V. REFERENCIAS DE DERECHO COMPARADO

1. DERECHO ITALIANO

El *Codice civile* italiano de 1942 constituye un primer punto de referencia de Derecho comparado en la medida en que contiene una regulación básica relativa a las c.g.c. que incluye una norma fundamental en materia de control de incorporación, el art. 1341, párrafo primero, conforme al que sólo vinculan al adherente «*se al momento della conclusione del contrato questi le ha conosciute o*

⁶⁷ Tratándose de c.g.c. que sean declaradas cláusulas abusivas, la STJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2012, Asunto C-618/10, y posterior adaptación del TRLCU a lo en ella dispuesto han eliminado las facultades de integración del contrato que tenía el juez ante la nulidad de las mismas. Dicha Sentencia estableció que el cumplimiento del art. 6.ºI de la Directiva 93/13/CEE, que obliga a los Estados miembros a adoptar medidas para que dichas cláusulas no vinculen al consumidor, no puede suponer el otorgamiento al juez nacional de facultades de integración del contrato que modifiquen el contenido de dichas cláusulas, pues con ello se puede ver burlado el efecto disuasorio perseguido por la Directiva con relación a su utilización: el juez nacional se debe limitar a no aplicarlas, ya que, en otro caso, los empresarios pueden verse tentados a introducir cláusulas abusivas pensando que, aun declarándose su nulidad, la integración del contrato realizada por el juez acabará garantizando su interés. *Vid. DOUE* de 28 de julio de 2012, C 227/5. De ahí la modificación del art. 83 TRLCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo (*vid. Preámbulo, III*).

⁶⁸ *Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Curso de Derecho Civil (II), op. cit.*, p. 434. En el mismo sentido, DURÁN RIVACOBA, «Valor jurídico de las condiciones generales ...», *op. cit.*, pp. 691, nota 52, 699 y 700.

Frente a ello, se ha intentado dar una explicación a este fenómeno legislativo considerando que la no incorporación implicaría inexistencia y no expulsión del contrato de las c.g.c. afectadas, dado que en estos casos el adherente no habría prestado su consentimiento en relación con las mismas. Para conseguir esa declaración de inexistencia dispondría de la acción de nulidad parcial del contrato por inexistencia, quedando así de este modo equiparadas sus consecuencias jurídicas a las de la nulidad. *Vid. LLODRÀ GRIMALT, El contrato celebrado bajo condiciones generales, op. cit.*, pp. 340 ss.

avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza». Con ello se recoge a la perfección la esencia del control de incorporación de las c.g.c.: se consideran incorporadas y, por tanto, son eficaces, si el adherente las conoció o debió haberlas conocido utilizando una diligencia media, con independencia de la forma de celebración del contrato.

No obstante, el art. 1341 párrafo segundo del *Codice civile* exige la aprobación por escrito y de forma específica de un conjunto de cláusulas, específicamente enumeradas, que se consideran desfavorables para el adherente, como las que establecen limitaciones de responsabilidad del predisponente o las cláusulas de sumisión expresa, es decir, cláusulas que establecen un desequilibrio contractual, cuya incorporación al contrato y consecuente eficacia requiere de dicha aceptación por escrito y de forma específica. Con ello se admite implícitamente la validez de cláusulas gravosas para el adherente cuando éste no tiene la consideración de consumidor, en cuyo caso entrarían en el ámbito de las cláusulas «*vessatorie*» de los arts. 33 y 34 del *Codice del Consumo*, aprobado por Decreto Legislativo n.º 206, de 6 de septiembre de 2005.

Finalmente, el art. 35.1 del *Codice del Consumo* completa el control de incorporación de las c.g.c. aplicable a la contratación con consumidores declarando la necesidad de que, si se proponen por escrito, se redacten de forma clara y comprensible, si bien es cierto que el art. 1341 párrafo primero del *Codice civile*, aplicable a todo adherente, comprende la misma exigencia aunque no se diga de forma expresa, pues sólo se puede conocer lo que está redactado de forma comprensible.

2. DERECHO ALEMÁN

Como se puso de manifiesto al inicio de este trabajo, la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2001 integró en los párrafos 305 a 310 del *BGB* alemán el régimen jurídico de las c.g.c. que anteriormente se contuvo en la *AGB-Gesetz* de 9 de diciembre de 1976, ley especial sobre c.g.c. que, como es sabido, constituye otro gran referente en la materia.

El párrafo 305(2) *BGB* establece los requisitos de incorporación al contrato de las c.g.c. relativos a su cognoscibilidad inmediatamente después de acotarse el concepto de c.g.c. en el párrafo 305(1), si bien se trata de requisitos no aplicables a los adherentes que sean empresarios [párrafo 310(1)]: conforme a dicho párrafo 305(2).1 *BGB*, las c.g.c. sólo quedan incorporadas al contrato si el predisponente, en el momento de su celebración,

informa expresamente al adherente sobre las mismas o, si ello sólo es posible con una dificultad desproporcionada por razón de la forma de celebración del contrato, publica de forma visible un anuncio referido a ellas en el lugar de su celebración.

Además, el parágrafo 305(2).2 *BGB* obliga al predisponente a facilitar el conocimiento de las c.g.c. «*de una manera aceptable*», con mención específica a las personas con algún impedimento físico perceptible para dicho predisponente, que habrá de tener en cuenta, por tanto, sus circunstancias especiales.

Por su parte, el parágrafo 305.c(1) *BGB* contiene una norma dedicada a las llamadas cláusulas «sorprendentes» en la que se determina que no forman parte del contrato. No obstante, la principal novedad de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002 con respecto al régimen sobre c.g.c. contenido en la *AGB-Gesetz* de 1976 estuvo en la codificación de la doctrina jurisprudencial relativa a los supuestos de falta de transparencia, cuya ineficacia se establece en el parágrafo 307(1) *BGB* por considerarse que la redacción de forma no clara y comprensible de las cláusulas contractuales causa un perjuicio irrazonable contrario a la buena fe (concepto de abusividad formal⁶⁹).

3. DERECHO PORTUGUÉS

Entre los ordenamientos de nuestro entorno destaca también el Derecho portugués por la existencia de una ley temprana sobre c.g.c. que, a semejanza del modelo italiano, contiene una norma sencilla y genérica a propósito de su control de incorporación al contrato que ha sido muy bien valorada por la doctrina más especializada en materia de c.g.c.⁷⁰.

El art. 5.º del *Decreto-Lei n.º 446/1985, de 25 de outubro, das condições gerais dos contratos*, establece en su número 1 que las c.g.c. «*deben ser comunicadas de forma íntegra*» al adherente, concretando el número 2 que esta comunicación debe realizarse «*de modo adecuado y con la antelación necesaria para que, teniendo en cuenta la importancia del contrato y la extensión y complejidad de las cláusulas, sea posible su conocimiento completo y efectivo por quien usa una diligencia media*». Conforme al número 3, la carga de la prueba de esta comunicación adecuada y efectiva corresponde al predisponente.

⁶⁹ *Vid. ALBIEZ DOHRMANN*, «Un nuevo Derecho de obligaciones, ...», *op. cit.*, p. 1150.

⁷⁰ *Vid. ALBIEZ DOHRMANN*, *La protección jurídica de los empresarios...*, *op. cit.*, p. 139.

Con ello, se recogen de forma muy correcta los objetivos del control de incorporación al contrato de las c.g.c., pues, efectivamente, se trata de que el adherente tenga la posibilidad de conocerlas en el momento de celebración del contrato utilizando una diligencia media, lo cual habrá que valorar en cada caso en función del tipo de contrato y demás circunstancias concurrentes.

4. DERECHO HOLANDÉS

Como pusimos de relieve en su momento, el Código Civil holandés de 1992 marcó un nuevo punto de referencia en materia de c.g.c. al integrar en sus arts. 6:231 a 6:247.-1 un régimen jurídico bastante detallado relativo a dichas c.g.c., aplicable en principio a cualquier adherente, en el que se encuentran sin embargo incluidas normas sobre abusividad material aplicables únicamente a los contratos celebrados con consumidores (arts. 6:236 y 6:237).

Por lo que al tema de la incorporación al contrato de las c.g.c. se refiere, el art. 6:231 da un concepto de c.g.c. que, curiosamente, contiene el requisito de la comprensibilidad o transparencia al decir que han redactarse de forma clara y sin ambigüedades. Por su parte, el art. 6:233.b determina la necesidad de cognoscibilidad de las mismas al declarar su carácter anulable si el predisponente no ofrece al adherente *«una oportunidad razonable»* de conocer su contenido.

Seguidamente, el art. 6:234.1 contiene un conjunto de presunciones de puesta en conocimiento de las c.g.c. al adherente que concretan la norma anterior, pues se considera que el predisponente ha dado la posibilidad de conocerlas al adherente si se las ha entregado antes o en el momento de celebración del contrato y, no siendo esto razonablemente posible, si le ha informado, antes de la celebración del contrato, de que pueden ser consultadas en una Cámara de Comercio o en el registro de un tribunal judicial en los que han sido depositadas.

Tratándose de contratación electrónica, se considera que ha existido la oportunidad de conocer las c.g.c. si el predisponente las pone a disposición del adherente por medios electrónicos, antes o en el momento de celebración del contrato, o bien, si lo anterior no es razonablemente posible, si el adherente puede consultarlas en el sitio web del predisponente y se le envían sin demora y sin gastos por cualquier medio tras su solicitud; el incumplimiento de estos requisitos es causa de anulabilidad (art. 6:234.2).

5. DERECHO FRANCÉS

El art. L134-1 del *Code de la Consommation* francés, aprobado por Ley n.º 93-949, de 26 de julio de 1993, establece la obligación del empresario de facilitar un ejemplar de los clausulados contratuales que utilice habitualmente a cualquier persona que lo solicite y, con respecto a los contratos electrónicos cuya cuantía económica sea igual o superior a la que a tales efectos se fije por decreto, el art. L134-2 determina la obligación del profesional de garantizar a la otra parte contratante el acceso al contenido del contrato en todo momento. Por su parte, el art. L133-2 párrafo primero del mismo *Code de la consommation* recoge el requisito de la transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores diciendo que «*doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible*».

Se trata por tanto de un modelo normativo que no dedica demasiada atención al control de incorporación de las cláusulas no negociadas. Sin embargo, ofrece algo más de interés a raíz de los distintos intentos de modernización del derecho de obligaciones que se han venido sucediendo en los últimos tiempos.

El *Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations et du Droit de la Prescription* de 22 de septiembre de 2005, también llamado *Avant-Projet Català*, no contiene normas sobre esta materia, a pesar de que su art. 1102-5 sí previó una definición de los contratos de adhesión con la finalidad de clarificar su concepto en los casos en que contengan cláusulas negociadas⁷¹.

Tampoco lo hizo la propuesta del grupo de trabajo dirigido por el profesor F. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, de diciembre de 2008⁷², pero sí el *Projet de Réforme du Droit des Contrats* presentado en julio del mismo año por el Ministerio de Justicia, conocido como *Projet de la Chancellerie*⁷³, que fue más allá del *Avant-Projet Català* incluyendo, no sólo una definición de contrato de adhesión (art. 11 párrafo segundo), sino también una norma relativa a la incorporación al contrato de las c.g.c.

⁷¹ Vid. www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, pp. 16 y 67; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción, (Estudio preliminar y traducción)», *Anuario de Derecho Civil*, 2007, pp. 655 y 721.

⁷² Vid. *Pour une réforme du droit des contrats*, VVAA, sous la direction de Françoise Terré, Dalloz, Paris, 2008.

⁷³ Vid. PICOD, Y., «Les projets français sur la réforme du droit des obligations», *InDret*, 4/2009, www.indret.com, pp. 4 ss.

Con posterioridad, la misma Chancellerie presentó el *Projet de réforme du régime des obligations et des quasi contrats* de 9 de mayo de 2011. Vid. www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_régime_obligations.pdf.

Así, conforme a su art. 24 párrafo primero, «*lorsque l'offre renvoie à des conditions générales, l'acceptation n'emporte approbation de celles-ci que si son auteur en a eu connaissance et si les circonstances établissent qu'il les a acceptées*»⁷⁴. Con ello se propuso una norma singular a nivel de Derecho comparado pero en la línea de la escasa importancia prestada por este ordenamiento al control de incorporación, pues está dirigida a garantizar, sólo cuando la oferta reenvía a c.g.c., que el adherente tenga conocimiento de su existencia y las acepte de forma específica.

VI. TEXTOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, los llamados textos de Derecho contractual europeo buscan la creación de reglas unificadas destinadas a regir los contratos intracomunitarios con el objetivo fundamental de facilitar el comercio transfronterizo en el ámbito de la UE, lo cual, en materia de c.g.c., podría traducirse en la existencia de un instrumento que, entre otras cosas, contribuyera a evitar la utilización por parte de los predisponentes de grados de protección distintos para los adherentes. Por ello, constituyen una referencia imprescindible de cara a futuras reformas tanto del Derecho comunitario como de los ordenamientos nacionales.

Su punto de partida está en el trasfondo común que subyace en los Derechos de los Estados miembros cuyo origen se encuentra en la recepción del Derecho romano, el cual, sin perjuicio de su conciliación con el *Common Law*, facilitaría la creación de una especie de *lex mercatoria* opcional (*soft law*) dirigida a promover el comercio internacional yendo así más allá del Derecho internacional privado [Reglamento(CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales], y del Derecho comunitario, pensado para la protección del consumidor⁷⁵.

Los textos de Derecho contractual europeo son, en definitiva, expresión jurídica de la globalización, lo cual justifica que, con independencia de que los ordenamientos nacionales constituyan su punto de partida, tengan influencia de los textos que componen el

⁷⁴ Las referencias pertenecen a la versión de mayo de 2009. *Vid.* www.droit.wester.ouisse.free.fr/textes/TD_contrats/projet_contrats_mai_2009.pdf, pp. 3 y 5.

⁷⁵ *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: ...», *op. cit.*, pp. 198 y 199.

llamado Derecho uniforme del Comercio Internacional, de gran utilización práctica: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980 (CISG) y los *Principles of International Commercial Contracts*, también denominados Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, realizados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado con sede en Roma, conocido como Instituto Unidroit, que a su vez presentan influencia de los *Principles of European Contract law* (PECL)⁷⁶.

En ambos casos se trata de textos dirigidos a regir relaciones transfronterizas entre empresarios, por lo que carecen de normas sobre protección de consumidores. En lo relativo a la materia que nos ocupa, la CISG no regula la incorporación al contrato de c.g.c., lo cual da lugar a que las cuestiones que se susciten en torno a ello hayan de resolverse en el marco del principio de buena fe (art. 7.1) y de las reglas de interpretación (art. 8)⁷⁷. Por su parte, los Principios Unidroit dedican una norma a las cláusulas «sorpresivas», que el adherente no hubiera podido prever razonablemente en el momento de celebración del contrato, a las que se priva de eficacia salvo que se acepten de forma expresa [art. 2.1.20 (1)⁷⁸].

Por lo que se refiere a los textos de Derecho contractual europeo, las normas destinadas a la protección del consumidor tienen una importancia reducida frente al significado que alcanzan para el Derecho comunitario, pero, en materia de c.g.c., se constata en ellos una influencia inevitable de la Directiva 93/13/CEE que, consecuentemente, fomenta la similitud entre los mismos. Los dos textos de referencia son los aludidos PECL de la *Commission of European Contract Law*, dirigida por Ole Lando y Hugh Beale, y el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) realizado por el *Study Group on a European Civil Code*, dirigido por Christian Von Bar, y el *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, dirigido por Hans Schulte-Nölke, por lo que el estudio de la cuestión que nos ocupa la realizaremos en torno a ambos sin perjuicio de las referencias que procedan a otros textos de menor impacto.

⁷⁶ Sobre su influencia recíproca, *vid.* PERALES VISCASILLAS, P., «Los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, p. 197.

⁷⁷ *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, *op. cit.*, p. 123, nota 174.

⁷⁸ *Cfr.* www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf.

2. LOS PECL

Los PECL contienen un conjunto de reglas dirigidas a la creación de un marco contractual general, aplicable tanto a la contratación entre empresarios como a la contratación con consumidores⁷⁹. No obstante, se otorga mayor relevancia a la contratación entre empresarios conforme a criterios que se han calificado de neoliberales dirigidos a favorecer la celebración de contratos y la libertad contractual, que sólo se moderan con algunas normas que buscan la equidad a través de la aplicación de los principios de buena fe y de razonabilidad⁸⁰. En este sentido, destaca especialmente la aplicación del control de contenido frente a cláusulas abusivas a cualquier adherente, consumidor o empresario [art. 4:110 (1) PECL]⁸¹.

El art. 2:104 PECL, ubicado en el Capítulo 2 («*formación de los contratos*»), regula el control de incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas individualmente, por tanto, c.g.c. o no. Ello coincide con el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE y supone extender el objetivo protector del control de incorporación a cualquier adherente, si bien ha sido criticado por no reflejar la realidad del mercado, en el que apenas existen cláusulas predispuestas que no sean c.g.c.⁸².

Conforme a dicho art. 2:104 (1) PECL, para que las cláusulas no negociadas tengan eficacia se exige que el predisponente adopte «*medidas suficientes*» para que el adherente «*repare*» en ellas antes o en el momento de la conclusión del contrato, aclarando el art. 2:104 (2) PECL que «*la mera referencia en el texto del contrato a una cláusula no es suficiente para considerar que se ha destacado de manera conveniente, aunque la otra parte haya firmado el documento*»⁸³.

El comentario que sigue a esta norma explica, a modo de interpretación auténtica, que el predisponente ha de haber dado a cono-

⁷⁹ *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L./ROCA TRÍAS, E./MORALES, A. M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Cívitas, Madrid, 2002, pp. 75 ss., especialmente, p. 88; BARRES BENLOCH, P./EMBID IRUJO, J. M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho contractual europeo*, Partes I y II, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pp. 27 ss.; GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Los principios Lando», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 151 ss.

⁸⁰ *Vid.* DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, Los Principios del Derecho Europeo de Contratos, *op. cit.*, pp. 89 ss.; ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, *op. cit.*, pp. 89 ss.

⁸¹ *Vid.* BARRES BENLOCH/EMBID IRUJO/MARTÍNEZ SANZ, *Principios de Derecho contractual europeo*, *op. cit.*, p. 384.

⁸² *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, *op. cit.*, p. 93.

⁸³ *Cfr.* BARRES BENLOCH/EMBID IRUJO/MARTÍNEZ SANZ, *Principios de Derecho contractual europeo*, *op. cit.*, pp. 67 y 205, con las versiones en inglés y en español, respectivamente.

cer las cláusulas no negociadas de forma conveniente, lo cual se entiende cumplido cuando formen parte del documento contractual, cuando figuren en el reverso de la oferta o incluso cuando figuren en un anexo de la misma si dicha oferta contenía una referencia a ellas. Sólo carecen de eficacia si es el contrato el que contiene únicamente una mera referencia a las cláusulas no negociadas (cláusulas de referencia), y con la salvedad de que el adherente las conociera previamente, por ejemplo, según describe el mismo comentario, porque se hubieran destacado convenientemente en contratos previos entre las partes⁸⁴. Además, se admite la validez de las cláusulas no negociadas que se ponen en conocimiento del adherente en el momento en que recibe la mercancía⁸⁵.

Con ello, nos encontramos con un sistema que facilita en gran medida la incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas en detrimento de la protección del adherente. Los PECL requieren que el predisponente actúe de forma diligente en orden a que el adherente tenga conocimiento de su existencia, pero no se manifiestan a propósito de que éste tenga la posibilidad de conocer efectivamente su contenido, lo cual implica la necesidad, a la que no se refieren, de que se redacten de forma transparente. Por otro lado, la adopción de medidas dirigidas a que el adherente tenga conocimiento de las cláusulas no negociadas se concibe de forma muy flexible, pues, como hemos visto, se considera suficiente su inserción en el reverso de la oferta o, incluso, en un anexo de ésta cuando contenga una referencia al respecto. De ahí la merecida crítica hacia un texto que, en esta materia, representa un retroceso con respecto al nivel de protección del adherente consagrado en los Derechos nacionales⁸⁶.

El Anteproyecto de «Código europeo de contratos» elaborado por la Academia de iusprivatistas europeos de Pavía (Grupo de Pavía, coordinado por el profesor Giuseppe Gandolfi), contemporáneo de los PECL, es mucho más protector del contratante débil⁸⁷. Y ello porque, a pesar de que su art. 33 tampoco contiene ninguna referencia a la necesidad de que las c.g.c. cumplan requisitos de transparencia, éstos se encuentran implícitos en la fórmula utiliza-

⁸⁴ *Vid. BARRES BENLLOCH/EMBID IRUJO/MARTÍNEZ SANZ, Principios de Derecho contractual europeo, op. cit.*, p. 205.

⁸⁵ *Vid. BARRES BENLLOCH/EMBID IRUJO/MARTÍNEZ SANZ, Principios de Derecho contractual europeo, op. cit.*, p. 206.

⁸⁶ *Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «Contenido y efectos del contrato», op. cit.*, p. 455.

⁸⁷ *Vid. VATTIER FUENZALIDA, C., «Conclusión y contenido del contrato en el Anteproyecto de Pavía», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, VVAA, J. M. González Porras/F. R. Méndez González (coords.), II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4975 ss.*

da para establecer el control de incorporación, que sigue el modelo del art. 1341 párrafo primero del *Codice civile* italiano: las c.g.c. «*son eficaces respecto de la otra parte, si ha tenido o habría debido tener conocimiento de ellas usando una diligencia ordinaria*»⁸⁸, lo cual sólo es posible si se redactan de forma comprensible⁸⁹.

3. HACIA UN INSTRUMENTO OPCIONAL: EL DCFR

3.1 Los ACQP

Los *Principles of the Existing EC Contract Law* o Principios del Derecho contractual vigente en la UE elaborados por el *Acquis Group*, conocidos como *Acquis Principles* (ACQP), constituyen una referencia obligada de cara al conocimiento del DCFR en la medida en que muchos de ellos son recogidos por este último, lo cual sucede, como veremos, en la materia que nos ocupa.

Según declara el art. 1:101 ACQP, «*scope and purpose of these Principles*», estos Principios están formulados sobre la base del Derecho contractual comunitario, respecto del que pretenden ser fuente para su elaboración, transposición e interpretación. Por tanto, se trata de un texto dirigido a las autoridades nacionales y comunitarias a las que compete dicha elaboración, transposición e interpretación del Derecho comunitario, que asume como objetivo principal su sistematización y consolidación dando lugar así a una especie de *restatement* o reformulación del mismo⁹⁰. Sin embargo, los ACQP se han elaborado también con la finalidad de contribuir a la elaboración del DCFR⁹¹, razón por la que nos referimos a ellos en este momento.

⁸⁸ Cfr. www.accademiagiussprivatistieuropei.it, versión española, p. 11.

⁸⁹ Además, el art. 30.4 del Anteproyecto de Pavía, a semejanza del art. 1341 párrafo segundo del *Codice civile*, requiere que determinados tipos de c.g.c. que se consideran especialmente gravosas para el adherente sean «*expresamente aprobadas por escrito*». Si dicho adherente tiene la condición de consumidor, queda además protegido frente a ellas por el control de contenido aplicable a las cláusulas no negociadas de carácter abusivo (art. 30.5). Cfr. www.accademiagiussprivatistieuropei.it, versión española, pp. 9 y 10.

⁹⁰ Art. 1:101: «*The following principles and rules are formulated on the basis of the existing law of the European Community in the field of contract law*». (2) «*These principles and rules serve as a source for the drafting, the transposition and the interpretation of European Community Laws*». Víd. SHULTE-NÖLKE, H./BUSCH, C., *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II, VVAA, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Sellier, Munich, 2009, pp. 49 ss.; ARROYO AMAYUELAS, E., «*Hacia un derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario*», *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 210 ss.

⁹¹ Víd. SHULTE-NÖLKE/BUSCH, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, *op. cit.*, p. 52.

Los ACQP contienen reglas dirigidas tanto a la contratación entre empresarios como a la contratación con consumidores; no obstante, la relevancia que se otorga a esta última es mayor como consecuencia del hecho de que el Derecho de consumo constituye objetivo fundamental del Derecho comunitario. Por lo que se refiere al tema que nos ocupa, el Capítulo 6, dedicado a las cláusulas no negociadas («*non-negotiated terms*»), Sección 2, «*inclusion and interpretation of terms*», contiene un precepto que regula la cuestión, el art. 6:201 ACQP, «*acquaintance with terms not individually negotiated*», a pesar de que, como vimos, la Directiva 93/13/CEE la dedicó una atención muy escasa. Ello se justifica con base en que el control de incorporación se contempla en otras directivas de la UE dictadas en materia de protección de consumidores y en que, por otro lado, es lo que se corresponde con lo adoptado por las legislaciones nacionales de los Estados miembros, que tienen reglas sobre control de incorporación aplicables a cualquier adherente⁹².

El art. 6:201 (1) y (2) ACQP contiene en esta materia unas reglas muy similares a las de los PECL: las cláusulas no negociadas vinculan al adherente si el predisponente toma medidas razonables para llamar su atención sobre las mismas antes o en el momento de conclusión del contrato, lo cual no se considera realizado cuando se incluye una mera referencia en el documento contractual, aunque sea firmado por el adherente⁹³. A estos efectos, se considera suficiente que el predisponente haga lo necesario para que, en circunstancias normales, el adherente conozca las cláusulas no negociadas, aunque no lo es una mera referencia a su existencia en contrato⁹⁴.

No obstante, estos principios son mucho más protectores que los PECL en varios sentidos. En primer lugar, porque existen dos normas específicas dirigidas a garantizar la posibilidad de conocer el contenido de las cláusulas no negociadas cuando se trate de contratación electrónica y de contratación con consumidores. Para los

⁹² Vid. PFEIFFER, T./EBERS, M., *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II, VVAA, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Sellier, Munich, 2009, pp. 305 y 306, donde se citan como fuentes el aludido punto i) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE y, entre otras, la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico.

⁹³ Art. 6:201 (1): «*Contract terms which have not been individually negotiated bind a party who was unaware of them only if the user took reasonable steps to draw the other party's attention to them before or when the contract was concluded*». (2): «*Terms are not brought appropriately to the other party's attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document*». Cf. PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, *op. cit.*, p. 305.

⁹⁴ Vid. PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, *op. cit.*, pp. 309 y 310.

contratos electrónicos, se considera que la facilidad de su celebración requiere una regla especial que garantice que el adherente pueda conocer y probar el contenido del contrato⁹⁵; esta regla se concreta en el art. 6:201 (3) ACQP en la necesidad de que pueda tenerlo disponible antes de su celebración *«in textual form»*⁹⁶, lo cual es interpretado en el sentido de que ha de poder almacenarlo en un soporte que le permita leerlo, grabarlo y reproducirlo de forma alfabética o en otro tipo de caracteres inteligibles⁹⁷.

Por su parte, la contratación con consumidores se rige por la regla especial del art. 6:201 (4) ACQP: *«consumers are not bound to terms to which they had no real opportunity to become acquainted before the conclusion of the contract»*⁹⁸, es decir, para que el consumidor quede vinculado por cláusulas no negociadas, se exige que el empresario actúe en orden a que tenga oportunidad real de conocerlas antes de la celebración del contrato, lo cual abarca requisitos de disponibilidad y comprensibilidad⁹⁹. De esta forma, el ámbito de aplicación del art. 6:201 (1) y (2) ACQP queda restringido a la contratación entre empresarios lográndose así un adecuado nivel de protección del adherente consumidor en esta materia, para el que no basta una mera puesta a disposición de las cláusulas no negociadas: tener la oportunidad real de conocerlas conlleva algo más, particularmente, que estén redactadas de forma comprensible, pues no se puede conocer lo que no se puede comprender¹⁰⁰.

Ello ha de ponerse además en relación con la regulación de las cláusulas abusivas contenida en la Sección 3 del mismo Capítulo 6, *«validity of terms»*, que es aplicable a cualquier adherente y no sólo al consumidor (art. 6:301 ACQP): el art. 6:302 ACQP regula la *«transparency of terms»* como requisito cuyo incumplimiento determina la abusividad de las cláusulas no negociadas, en contratos entre empresarios y con consumidores: *«not individually negotiable»*.

⁹⁵ Vid. PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, op. cit., p. 308.

⁹⁶ Art. 6:201 (3): *«If a contract is to be concluded by electronic means, contract terms are not binding on the other party unless the user makes them available to the other party in textual form»*. Cf. PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, op. cit., p. 305.

⁹⁷ Vid. PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, op. cit., pp. 309 y 310.

⁹⁸ Cf. PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, op. cit., p. 305.

⁹⁹ Por ello, la renuncia del consumidor a conocer el contenido del contrato en el momento de su celebración sólo puede ser fruto de un acto enteramente libre. Vid. PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, op. cit., p. 310.

¹⁰⁰ En este sentido, se ha dicho que los ACQP consagran un principio de cognoscibilidad muy desarrollado. Vid. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 123.

tiated terms must be drafted and communicated in plain, intelligible language», es decir, las cláusulas no negociadas deben ser redactadas con un lenguaje llano e inteligible para que el adherente pueda conocer el contenido de su posición contractual, con independencia de la forma en que se le comuniquen; en otro caso, se las otorga directamente el carácter de abusivas¹⁰¹. Es lo que se ha denominado abusividad formal, cuyo modelo hay que situarlo, como vimos, en el Derecho alemán.

3.2 El DCFR

Como es sabido, el DCFR, realizado por los aludidos *Study Group* y *Acquis Group* (red CoPECL), contiene un conjunto de reglas modelo que, entre otros propósitos y al igual que los PECL, están dirigidas a actuar a modo de instrumento opcional (*soft law rules*) con la finalidad de facilitar las transacciones intracomunitarias¹⁰². A pesar de que su punto de partida está en los PECL, que se reflejan en los Libros II y III, el ámbito de aplicación del DCFR es mucho más amplio y plasma una orientación más consumerista conforme con la tradición del Derecho comunitario recogida en los ACQP¹⁰³.

La importancia del DCFR es innegable. El Libro Verde de la Comisión Europea sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas de 1 de julio de 2010 se marcó como objetivo «*definir las opciones posibles para reforzar el mercado interior avanzando en materia de Derecho contractual europeo y lanzar una consulta pública sobre las mismas*», lo cual no habría sido una novedad sino fuera porque además se declaró expresamente que un instrumento de Derecho contrac-

¹⁰¹ Ahora bien, la valoración del cumplimiento de este requisito de transparencia puede ser diferente para contratos B2B y B2C. *Vid.* PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, *op. cit.*, pp. 324 y 325.

El art. 6:203 (1) recoge también la regla de interpretación *contra proferentem*: «*where the meaning of a term is unclear, that term is to be interpreted against the party who supplied it*», cuya relación con la abusividad de las cláusulas que incumplan el requisito de transparencia es explicada en el sentido de que corresponde aplicar primero la regla *contra proferentem* y, posteriormente, debe calificarse el resultado de esta interpretación como abusiva o no conforme a los arts. 6:301 (concepto de cláusula abusiva) y 6:302 (requisito de transparencia) ACQP. *Vid.* PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, *op. cit.*, p. 315.

¹⁰² *Vid.* VON BAR, C./BEALE, H./CLIVE, E./SCHULTE-NÖLKE, H., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. I, «Introduction», Sellier, Munich, 2009, pp. 9 y 10; VAQUER ALOY, A., «El Marco Común de Referencia», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 246 ss.

¹⁰³ *Vid.* VON BAR/BEALE/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE, *DCFR*, Full Edition, «Introduction», «Principles», *op. cit.*, pp. 15 ss., y 56, respectivamente.

tual europeo «podría servir de modelo, especialmente para los organismos internacionales que han tomado a la Unión como modelo de integración nacional», de tal manera que la UE «podría así desempeñar un papel protagonista para establecer normas internacionales uniformes en esta materia, lo que, a su vez, podría dar a la economía europea una ventaja competitiva en el mundo». Y, con estas declaraciones de intenciones, este Libro Verde alude a varios mecanismos que podrían ser útiles al respecto, siendo de todos ellos el relativo a la elaboración de un instrumento opcional (*opt-in*), sobre la base del DCFR¹⁰⁴, el que tiene más visos de realidad para la propia Comisión Europea¹⁰⁵.

Pues bien, la incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas individualmente, c.g.c. o no, se regula en el Capítulo 9 del Libro II DCFR, «contents and effects of contracts»¹⁰⁶, cuyo art. II.-9:103, «*terms not individually negotiated*», recoge las reglas contenidas en los PECL, que a su vez fueron recogidas por los ACQP, a las que se suma la regla específica contenida en estos últimos relativa a la contratación electrónica¹⁰⁷. De nuevo, la adopción de normas sobre incorporación al contrato de cláusulas no negociadas se justifica, pese a la escasa atención que prestó al tema la Directiva 93/13/CEE, con base en la existencia de reglas sectoriales al respecto en el *acquis* comunitario¹⁰⁸.

Así, conforme al art. II.-9:103 (1) DCFR, las cláusulas no negociadas vinculan al adherente sólo si fue consciente de ellas o el pre-disponente tomó medidas razonables para llamar su atención sobre las mismas antes o en el momento de conclusión del contrato¹⁰⁹, lo cual, según concreta el art. II.-9:103 (3) (b) DCFR, no se considera

¹⁰⁴ Se trata de «seleccionar las partes del Proyecto de MCR directa o indirectamente relacionadas con el Derecho contractual y (...) reestructurar, revisar y completar las disposiciones elegidas». *Vid.* Libro Verde, COM (2010) 348 final, p. 4.

¹⁰⁵ *Vid.* VAQUER ALOY, A., «Marco general del nuevo Derecho de contratos», *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2012, pp. 31 ss.

¹⁰⁶ Cuestiona esta ubicación sistemática, PFEIFFER, T., «Non-Negotiated Terms», *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, VVAA, Reiner Schulze (ed.), Sellier, Munich, 2009, p. 184.

A favor, BLANDINO GARRIDO, M.ª A., «II.-9:103: Cláusulas no negociadas individualmente», *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VVAA, Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E./Sánchez González, M.ª P. (coords.), Tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, p. 589, nota 91.

¹⁰⁷ El concepto de cláusula no negociada lo proporciona el art. II.-1:110 DCFR, al que se remite el propio art. II.-9:103 (3) (a) DCFR. *Vid.* DCFR, Full Edition, *op. cit.*, pp. 160 ss.

¹⁰⁸ *Vid.* PFEIFFER, «Non-Negotiated Terms», *op. cit.*, p. 186.

¹⁰⁹ Art. II.-9:103 (1): «*Terms supplied by one party and not individually negotiated may be invoked against the other party only if the other party was aware of them, or if the party supplying the terms took reasonable steps to draw the other party's attention to them, before or when the contract was concluded*». A partir de ahí, es responsabilidad del adherente conecerlas o no. *Vid.* DCFR, Full edition, *op. cit.*, pp. 588 y 589.

realizado cuando se incluye una mera referencia en el documento contractual (cláusulas de referencia), aunque sea firmado por el adherente¹¹⁰. Por tanto, la única novedad que incorpora el DCFR con respecto a los textos anteriores está en la mención a la vinculación del adherente a las cláusulas no negociadas de las que fuera consciente antes o en el momento de celebración del contrato.

El comentario que sigue a la norma explica que se considera que el predisponente adopta medidas razonables para llamar la atención del adherente cuando le comunica la existencia de las cláusulas no negociadas o toma otras medidas que, en circunstancias normales, son suficientes para que conozca dicha existencia de cláusulas no negociadas y dónde encontrarlas, lo cual se acompaña de una ejemplificación de los supuestos más comunes: incorporación al documento contractual o al reverso de la oferta que hace referencia a ellas, incorporación a un anexo de la oferta o del contrato que hagan referencia a ellas, comunicación al adherente y supuestos en que las referencias del contrato a las cláusulas no negociadas son lo suficientemente claras como para deducir su existencia¹¹¹.

En relación con esta última posibilidad y su concordancia con el art. II.-9:103 (3) (b) DCFR, se explica que las referencias contractuales pueden ser suficientes si, por ejemplo, el adherente ya fue advertido suficientemente de la existencia de cláusulas no negociadas en otros contratos similares celebrados con el predisponente, o si las mismas son generalmente conocidas en un determinado tipo de industria y, por tanto, por los clientes de la misma, siendo uno de ellos el adherente; es decir, la mera referencia a la existencia de cláusulas no negociadas en el contrato sólo es posible cuando el adherente ya las conoce por algún motivo¹¹².

El comentario de la norma también hace mención a la posibilidad de renuncia del adherente a ser informado de la existencia de cláusulas no negociadas, incluso de forma implícita si no resulta razonable pedir esa información en función de las circunstancias de celebración del contrato. No cabe, sin embargo, que dicha renuncia venga establecida en una cláusula no negociada. Por otro lado, se considera que el adherente puede quedar vinculado por cláusulas no negociadas únicamente como consecuencia de la existencia de usos como los derivados, por ejemplo, del hecho de que

¹¹⁰ Art. II.-9:103 (3) (b): «*Terms are not sufficiently brought to the other party's attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document.*» Cfr. DCFR, Full edition, *op. cit.*, p. 588.

¹¹¹ Además, se considera que hay aceptación de las cláusulas no negociadas cuando el vendedor las envía con la mercancía y el comprador acepta esta última, pero no cuando se envían con una factura posterior. Vid. DCFR, Full edition, *op. cit.*, p. 589.

¹¹² Vid. DCFR, Full edition, *op. cit.*, p. 590.

una asociación de profesionales publique las cláusulas destinadas a ser aplicadas por sus miembros¹¹³.

Con respecto a los contratos electrónicos, el art. II.-9:103 (2) DCFR recoge la regla de los ACQP relativa a que el predisponente sólo puede hacer valer las cláusulas no negociadas si el adherente ha podido tenerlas disponibles *«in textual form»*, lo cual conlleva, por un lado, que pueda leerlas, grabarlas y reproducirlas antes de la celebración del contrato con la utilización de un equipo informático estándar, incluyendo el acceso a un sitio web que le permita descargárselas, y, por otro, que estén escritas en caracteres alfabéticos u otros inteligibles [art. I.-1:106 (2) DCFR].

Ello constituye un reflejo del art. 10.3 de la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, como demuestra su cita en los comentarios de la norma, si bien con el añadido de que el DCFR establece expresamente la sanción de no incorporación al contrato ante el incumplimiento del deber de suministrar las c.g.c. al adherente de modo que pueda almacenarlas y reproducirlas, cuestión sobre la que no se pronunció dicha Directiva 2000/31/CE¹¹⁴.

El art. II.-9:103 DCFR no contiene una norma específica para los contratos con consumidores similar a la recogida por los ACQP, que, como hemos visto, incrementan la protección del adherente consumidor exigiendo que tenga la oportunidad real de conocer las cláusulas no negociadas antes de la celebración del contrato. La única aproximación la encontramos en el art. II.-9:407 DCFR, *«factors to be taken into account in assessing unfairness»*, ubicado en la Sección 4, *«unfair terms»*, del mismo Capítulo 9, que introduce en su número (2) la ausencia de oportunidad real de conocer las cláusulas no negociadas por parte del consumidor como factor o circunstancia a tener en cuenta para valorar su abusividad¹¹⁵, con lo cual, aunque las que no cumplen esta condición pasan a formar parte del contrato, pueden llegar a declararse abusivas en el control de contenido y, por tanto, no vinculantes (art. II.-9:408 DCFR)¹¹⁶.

La oportunidad real de conocer las cláusulas no negociadas equivale a tener oportunidad de leerlas con tiempo suficiente antes de la celebración del contrato. Así, como se explica en los comen-

¹¹³ *Vid. DCFR, Full edition, op. cit.*, pp. 590 y 591.

¹¹⁴ Art. II.-9:103 (2): *«If a contract is to be concluded by electronic means, the party supplying any terms which have not been individually negotiated may invoke them against the other party only if they are made available to the other party in textual form»*. *Vid. DCFR, Full edition, op. cit.*, pp. 588, 591 y 592.

¹¹⁵ Recuérdese que el DCFR extiende el control de contenido a todo tipo de contratos, estén celebrados entre empresarios y consumidores, entre particulares o entre empresarios, si bien los criterios para valorar la existencia de *«unfair terms»* son distintos para cada caso (arts. II.-9:403, II.-9:404 y II.-9:405).

¹¹⁶ *Vid. DCFR, Full edition, op. cit.*, pp. 654 ss.

tarios de la norma, no la tiene el consumidor al que en una tienda se le anuncia la existencia de c.g.c. a través de un cartel situado en la caja registradora, que sólo puede leerse cuando se llega a ella, pues cuando llega su turno y lo ve no tiene tiempo de solicitarlas y leerlas entorpeciendo así el pago de los demás clientes. Por el contrario, esta oportunidad existe cuando dichas c.g.c. están situadas en un lugar visible del establecimiento, de forma que no escapan a la vista, o cuando, en una compra electrónica, la aceptación del consumidor se subordina a que marque la casilla en la que se afirma conocer las c.g.c. Al tiempo, se dice que la oportunidad real de conocer las cláusulas no negociadas comprende requisitos de legalidad¹¹⁷.

Por su parte, la comprensibilidad de las cláusulas no negociadas se contempla específicamente en el art. II.-9:402 DCFR, «*duty of transparency in terms not individually negotiated*», en sede igualmente de «*unfair terms*», como determinante de abusividad en la contratación con consumidores. Así, conforme a su número (1), el predisponente de cláusulas no negociadas tiene un deber de transparencia que conlleva la obligación de redactarlas en términos llanos e inteligibles, cuyo incumplimiento en los contratos con consumidores da lugar a que puedan ser declaradas abusivas [número (2)].

La norma, que toma como modelo el art. 5.^º de la Directiva 93/13/CEE, persigue que el adherente comprenda por si sólo el contenido de su posición contractual a partir de las cláusulas del contrato, lo cual abarca no sólo su redacción en términos claros e inteligibles sino también que las cuestiones más relevantes tengan una ubicación que permita su identificación sin dificultad. La valoración del cumplimiento de este deber de transparencia es diferente dependiendo de que la contratación sea entre empresarios, respecto de los que se puede presumir el conocimiento de determinadas cláusulas, o con consumidores; a mayores, tratándose de estos últimos, su incumplimiento puede determinar por si sólo el carácter abusivo de las cláusulas afectadas por falta de transparencia, sin entrar en la valoración de más factores¹¹⁸.

¹¹⁷ Art. II.-9:407 (2): «*For the purposes of II.-9:403 (Meaning of “unfair” in contracts between a business and a consumer) the circumstances prevailing during the conclusion of the contract include the extent to which the consumer was given a real opportunity to become acquainted with the term before the conclusion of the contract*». Tratándose de relaciones continuadas entre las partes contratantes que se desarrollan con las mismas c.g.c., es suficiente con que el consumidor tuviera oportunidad de conocerlas al inicio de la relación contractual. *Vid. DCFR, Full edition, op. cit.*, pp. 649 ss.

¹¹⁸ Art. II.-9:402 (1): «*A person who supplies terms which have not been individually negotiated has a duty to ensure that they are drafted and communicated in plain, intelligible language. (2) In a contract between a business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of the duty of transparency imposed by the paragraph (1) may on that ground alone be considered unfair*». *Vid. DCFR, Full edition,*

Como resultado, nos encontramos con que, a pesar de la similitud entre los ACQP y el DCFR con relación a esta cuestión, los primeros son más protectores para el adherente por dos razones. Primero, porque los ACQP contienen una regla específica aplicable a la contratación con consumidores que exige que éstos tengan la oportunidad real de conocer las cláusulas no negociadas en el momento de celebración del contrato como requisito para que queden incorporadas al mismo. Si no hay oportunidad real de conocer determinadas cláusulas, la consecuencia lógica es que no entren a formar parte del contrato y no, como hace el DCFR, que simplemente se considere una circunstancia a tener en cuenta en la valoración de su abusividad. Dicho con otras palabras, los ACQP hacen recaer la responsabilidad de que el consumidor tenga oportunidad real de conocer las cláusulas no negociadas en el predisponente, mientras que el DCFR le exime de esta responsabilidad, pues cumple llamando la atención sobre su existencia¹¹⁹.

Y, en segundo lugar, porque el incumplimiento del deber de transparencia por parte del predisponente debería dar lugar por sí sólo al carácter abusivo de las cláusulas afectadas en cualquier caso, como contemplan los ACQP, y no sólo en la contratación con consumidores. En realidad, el deber de transparencia debe ubicarse en el ámbito del control de incorporación al contrato, puesto que los clausulados oscuros impiden que el adherente conozca su contenido¹²⁰; no obstante, si la sanción se sitúa en el ámbito del control de contenido, debería alcanzar por igual a cualquier adherente.

op. cit., pp. 629 y 630. En este caso, no se determinan claramente los términos de la relación de esta regla con el criterio de interpretación *contra proferentem* del art. II.-8:103 DCFR, si bien hay que presumir, como en el caso de los ACQP, la preferencia de este último. *Vid. op. ult. cit.*, pp. 564 y 565.

Por otro lado, la valoración del cumplimiento del deber de transparencia en contratos con consumidores lleva a la figura del consumidor medio. Así, BLANDINO GARRIDO, M.^a A., «II.-9:402: Deber de transparencia en las cláusulas no negociadas individualmente», *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VVAA, Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E./Sánchez González, M.^a P. (coords.), Tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, p. 646.

En contratos celebrados entre empresarios o entre particulares, el incumplimiento del deber de transparencia es un factor más a tener en cuenta de cara a valorar la abusividad de las cláusulas junto con la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en su celebración, el resto de cláusulas contractuales y las contenidas, en su caso, en contratos conexos [art. II.-9:407 (1)]. *Vid. DCFR, Full edition, op. cit.*, pp. 649 y 650.

¹¹⁹ Con ello, el DCFR representaría en este punto una involución con respecto al Derecho comunitario, pues del punto i) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE se deduce como principio la no vinculación del consumidor a cláusulas que no tenga oportunidad de conocer antes de la celebración del contrato. *Vid. PFEIFFER, «Non-Negotiated Terms», op. cit.*, pp. 186 y 187, 191.

¹²⁰ En este sentido, CARBALLO FIDALGO, M., «Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», *Indret*, 1/2010, www.indret.com, pp. 14 y 15; BLANDINO GARRIDO, «II.-9:402: ...», *op. cit.*, p. 647.

VII. REVISIONES DEL DERECHO COMUNITARIO

1. LA DIRECTIVA 2011/83/UE

El legislador comunitario ha incidido con posterioridad a la Directiva 93/13/CEE en el requisito de la comprensibilidad o transparencia aplicable a la contratación con consumidores, aunque de nuevo de forma insuficiente. El art. 5.1 de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, se refirió a los deberes de información precontractual del empresario con relación a los aspectos más relevantes del contrato¹²¹, información que se debe facilitar «*de forma clara y comprensible*» al consumidor, salvo que «*resulte evidente por el contexto*», pero sin carácter vinculante para los Estados cuando se trate de contratos que conlleven transacciones cotidianas y sean ejecutados inmediatamente (art. 5.3) y sin previsión de sanción específica ante el incumplimiento, que se deja, como es habitual a este respecto en el Derecho comunitario, en manos de los Estados miembros (arts. 23 y 24). Específicamente para contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil, los arts. 6.1, 7.1 y 8.1 de la Directiva 2011/83/UE reconocieron también el requisito de que la información precontractual ha de facilitarse de forma legible, clara y comprensible¹²².

Realmente, no se entiende muy bien por qué se incide en el deber de transparencia como mecanismo de protección al consumidor pero sólo en la fase precontractual, máxime cuando la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 8 de octubre de 2008 sí lo aplicaba explícitamente a las cláusulas del contrato: el art. 31 de dicha Propuesta, «*requisitos de transparencia de las cláusulas contractuales*», imponía una redacción clara, comprensible y legible de las mismas (número 1) y, además, una puesta a disposición del consumidor «*de forma que le permitan verdaderamente familiarizarse con ellas antes de celebrar el contrato, teniendo en cuenta los medios de comunicación utilizados*» (número 2)¹²³.

¹²¹ Características principales del objeto del contrato; identidad del comerciante; precio total; incluidos los impuestos y, en su caso, modo de determinación de dicho precio y existencia de gastos adicionales; procedimientos de pago, entrega y funcionamiento; fecha de entrega del bien o de ejecución del servicio; sistema de tratamiento de las reclamaciones del comerciante; recordatorio de existencia de garantía legal y, en su caso, convencional; duración del contrato y, en su caso, si es de duración indefinida, condiciones de resolución, y funcionalidad e interoperatividad de contenidos digitales.

¹²² Cfr. DOUE de 22 noviembre 2011, L 304/74 ss., L 304/81.

¹²³ Cfr. COM (2008) 614 final, p. 34. Vid., no obstante, la crítica, en CARBALLO FIDALGO, «Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva...»,

El cumplimiento de los deberes de transparencia en fase de formación del contrato es muy importante, pero parece que se queda a medio camino si no va seguido de un reconocimiento expreso y claro con relación a las cláusulas del mismo, aun cuando la información precontractual integre el contenido del contrato. A mayores, hay que contar con que el incumplimiento de los deberes de transparencia en la información precontractual no tiene sanción a nivel de Derecho comunitario, pues su voluntad en este ámbito es, según dice la propia Directiva 2011/83/UE, no afectar a las legislaciones nacionales con relación a cuestiones como, entre otras, la validez del contrato que quede afectado por vicios del consentimiento [Considerando (14)¹²⁴], por lo que habrá que estar a estas últimas para determinar las consecuencias del incumplimiento de los deberes de información previos al contrato en la forma y con los requisitos previstos¹²⁵.

La transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2011/83/UE a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLCU, se ha plasmado, como vimos, con relación a esta cuestión, en el art. 60.1 TRLCU, que establece la obligación del empresario de facilitar al consumidor la información previa al contrato relativa a sus características principales «*de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto*». Y, con relación a determinados tipos de contratos, en el art. 98.1 TRLCU, que dice que la información precontractual en los contratos a distancia ha de facilitarse «*en términos claros y comprensibles*», y, además, que «*siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible*», y en el art. 99.1 TRLCU, que dice que la información precontractual en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil «*deberá ser legible y estar redactada al menos en castellano y en términos claros y comprensibles*»¹²⁶.

Por otro lado, el art. 22 de la Directiva 2011/83/UE contiene una norma importante en materia de pagos adicionales en virtud de

op. cit., pp. 11 ss.

¹²⁴ Cfr. DOUE de 22 de noviembre de 2011, L 304/65.

¹²⁵ Vid. CARRASCO PERERA, A., «Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de Derechos de los Consumidores», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámaras Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 326 ss.

Para el caso específico de los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil, el art. 6.6 de la Directiva 2011/83/UE estableció como sanción específica ante la omisión de información previa relativa a gastos adicionales u otros costes del art. 6.1.e) o relativa a los costes de devolución del bien del art. 6.1.i) la liberación del consumidor con relación a su abono. En el mismo sentido, el art. 97.6 TRLCU.

¹²⁶ Con relación a la integración de la información precontractual en el contenido del contrato, *vid.* arts. 61.2 y 97.5 TRLCU.

la cual el comerciante está obligado a «*buscar el consentimiento expreso*» del consumidor para que éste quede obligado a realizar tales pagos adicionales a la remuneración que corresponda como contraprestación de la obligación principal. Con ello, se va más allá de las clásicas reglas de cognoscibilidad y comprensibilidad con relación a esta cuestión concreta: no es suficiente con que el consumidor tenga la posibilidad de conocer y de comprender las cláusulas relativas a pagos adicionales sino que es necesario que de su consentimiento expreso a ellas; ni siquiera se permite que el empresario lo deduzca de la existencia de «*opciones por defecto que el consumidor debe rechazar para evitar el pago adicional*», pues en ese caso éste tiene derecho a su reembolso¹²⁷. En el mismo sentido, el art. 60 bis.1 TRLCU, que incorpora a mayores la necesidad de que los pagos adicionales se comuniquen al consumidor «*de una manera clara y comprensible*»¹²⁸.

La Directiva 2011/83/UE no establece sanción aplicable ante el incumplimiento de esta norma por el empresario, que se deja en manos de los Estados miembros conforme a los citados arts. 23 y 24 de dicha Directiva. En el caso del Derecho español y ante la ausencia de previsión en el TRLCU, habría que inclinarse por la no vinculación del consumidor a la cláusula sobre pagos adicionales, es decir, por su no incorporación al contrato o, con otras palabras, por su nulidad de pleno Derecho (arts. 8.1 LCGC y 6.3 CC), máxime teniendo en cuenta que ésta es la consecuencia si el consentimiento del consumidor se deduce por el empresario de la existencia de opciones por defecto que debe rechazar expresamente para evitar el pago adicional, pues en este caso se le reconoce derecho al reembolso del mismo.

Finalmente, el art. 32 de la Directiva 2011/83/UE modificó la Directiva 93/13/CEE insertándola un art. 8 bis conforme al cual los Estados miembros que adopten disposiciones más estrictas que las previstas en dicha Directiva 93/13/CEE para otorgar mayor protección al consumidor tienen la obligación de informar de ello a la Comisión Europea con la finalidad, entre otras cosas, de que ésta se asegure de que empresarios y consumidores tengan fácil acceso a esta información¹²⁹.

¹²⁷ Cfr. DOUE de 22 noviembre 2011, L 304/81.

¹²⁸ Véase también el art. 98.2 párrafo segundo TRLCU, en este caso con relación a los contratos electrónicos que conlleven obligaciones de pago para el consumidor: «*el empresario deberá velar por que el consumidor y usuario, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que éste implica una obligación de pago. (...). En caso contrario, el consumidor y usuario no quedará vinculado por el contrato o pedido*».

¹²⁹ En el mismo sentido, la modificación que introduce el art. 33 en la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre deter-

Ello conecta con los actuales objetivos de armonización máxima o plena que, si bien declaran perseguir la protección del consumidor y el mejor funcionamiento del mercado interior¹³⁰, también es cierto que en la práctica vienen a obstaculizar que se realice una revisión profunda del *acquis* comunitario¹³¹, y, además, tienden a convertir a los Derechos nacionales en ordenamientos rígidos¹³². En este caso, el carácter de armonización mínima de la Directiva 93/13/CEE (art. 8.º) se matiza, en aras de la armonización máxima, con esta obligación de información a la Comisión Europea cada vez que se adopten normas de mayor protección para el consumidor con respecto a las que en su día estableció el legislador comunitario, lo cual será aplicable en caso de que se afecte en este sentido a los requisitos de incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas.

2. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE COMPRA-VENTA EUROPEA

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 11 de octubre de 2011, también conocida como *Common European Sales Law* (en adelante, CESL), es una propuesta de instrumento opcional destinada a regir los contratos de compraventa transfronterizos cuyas partes contratantes se sometan expresamente a ella¹³³.

Por lo que se refiere a la incorporación al contrato de cláusulas no negociadas, la Propuesta de Reglamento sigue de forma bastante acusada el modelo del DCFR, si bien con algunas diferencias destacables. El art. 70 CESL, «*deber de llamar la atención sobre las cláusulas contractuales no negociadas individualmente*», declara en su número 1 que dichas cláusulas sólo pueden ser invocadas por el predisponente si el adherente «*tuvo conocimiento*

minados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. *Cfr. DOUE* de 22 noviembre 2011, L 304/83.

¹³⁰ *Vid. Considerando (5) de la Directiva 2011/83/UE, DOUE de 22 noviembre 2011, L 304/64 y L 304/65.*

¹³¹ Así, TWIGG-FLESNER, C., «La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 104.

¹³² *Vid. ALBIEZ DOHRMANN*, «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: ...», *op. cit.*, p. 196.

¹³³ Arts. 3 a 8 CESL, COM (2011) 635 final, pp. 28 ss. *Vid. FAUVARQUE-COSSON*, B., «Hacia un Derecho común europeo de compraventa», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 45 ss.

miento de ellas» o si dicho predisponente «adoptó las medidas razonables para que la otra parte tuviera conocimiento de ellas antes de la celebración del contrato o durante dicha celebración», lo cual, conforme a su número 2, no se cumple en la contratación con consumidores a través de la introducción de cláusulas contractuales de referencia, ni siquiera cuando el consumidor firma el contrato¹³⁴.

Por tanto, *a priori* la única diferencia con relación a su equivalente del DCFR radica en que, como vimos, este último impide las cláusulas de referencia para cualquier tipo de adherente, no sólo el consumidor. Sin embargo, también hay que recordar que el DCFR recoge el concepto de oportunidad real de conocer el contenido del contrato como criterio que sirve para valorar el carácter abusivo de las cláusulas introducidas en la contratación con consumidores, que no aparece sin embargo en esta Propuesta.

Con relación a los contratos electrónicos, el art. 24.4 CESL establece la necesidad de que el comerciante ponga las cláusulas contractuales a disposición de la otra parte contratante, no necesariamente consumidor, «en caracteres inteligibles, alfabéticos o de otro tipo, a través de un soporte duradero y que permita la lectura y la grabación de la información contenida en el texto, así como su reproducción en forma tangible»¹³⁵, lo cual es equivalente al significado que, como vimos, se atribuye a la puesta a disposición del contenido del contrato «*in textual form*» del DCFR.

No obstante, el art. 25 CESL introduce una norma novedosa que aplica el deber de transparencia a este tipo de contratos electrónicos cuando se celebran con consumidores diciendo que la información precontractual debe facilitarse «*de una manera clara y destacada*» (número 1), que la obligación de pago ha de ser «*fácilmente legible únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación inequívoca similar*» (número 2) y que la existencia de alguna restricción en cuanto a la entrega y medios de pago aceptados debe indicarse «*de modo claro y legible en el sitio web de la empresa*» (número 3)¹³⁶.

Por otro lado, el incumplimiento del deber de transparencia en la contratación con consumidores, que el art. 82 CESL formula en términos de comunicación de las cláusulas no negociadas «*en un lenguaje sencillo y comprensible*», se sitúa, al igual que en el DCFR, en el ámbito del control de contenido, por lo que el art. 83.2.(a) CESL recoge dicho incumplimiento como primera cir-

¹³⁴ COM (2011) 635 final, p. 70.

¹³⁵ COM (2011) 635 final, p. 50.

¹³⁶ COM (2011) 635 final, p. 50.

cunstancia que puede determinar el carácter abusivo de una cláusula no negociada en contratos con consumidores¹³⁷. Por el contrario, el art. 86.2 CESL, que se refiere a las cláusulas abusivas en la contratación entre empresarios, no contempla la falta de transparencia entre las circunstancias que deben ser valoradas a este respecto¹³⁸.

Finalmente, el art. 71 CESL contiene una regla específica en materia de pagos adicionales similar a la del art. 22 de la Directiva 2011/83/UE¹³⁹. En la contratación con consumidores, las cláusulas que obliguen a la realización de pagos adicionales a la remuneración estipulada para la obligación principal sólo son vinculantes si el consumidor da su consentimiento expreso, no siendo válida a estos efectos la utilización por el empresario de opciones por defecto que el consumidor deba rechazar para evitar el pago adicional¹⁴⁰. Con ello, se reitera el requisito del consentimiento expreso para conseguir la vinculación del consumidor en esta cuestión, requisito que va bastante más allá de la aplicación de los principios de cognoscibilidad y comprensibilidad a las cláusulas no negociadas para que puedan ser incorporadas al contrato¹⁴¹.

VIII. LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE 2009

Como se puso de manifiesto al inicio de este trabajo, la PMCC parte en este punto de la necesidad de incorporar al CC una regulación básica relativa a la contratación con consumidores con la finalidad de integrar en él, a semejanza del modelo marcado por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2001, una realidad contractual a la que no puede seguir siendo ajeno, lo cual hay que relacionar con la asunción de otros dos objetivos de mayor alcance: coordinar el CC con el núcleo de Derecho europeo de contratos creado a partir de las Directivas comunitarias

¹³⁷ COM (2011) 635 final, pp. 74 y 75.

¹³⁸ COM (2011) 635 final, p. 78.

¹³⁹ La Propuesta de Reglamento trata de reflejar el nivel de protección establecido por las directivas de armonización máxima, en especial, por la Directiva 2011/83/UE. *Vid.* SHULTE-NÖLKE, H., «El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la Compraventa», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 68.

¹⁴⁰ COM (2011) 635 final, p. 71.

¹⁴¹ El consentimiento expreso del consumidor se exige también como requisito para que le sea aplicable el instrumento opcional (art. 8.2 CESL). *Vid.* SHULTE-NÖLKE, «El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento ...», *op. cit.*, pp. 74 ss.

dictadas en materia de consumo y conseguir la mayor aproximación posible del Derecho español a los modernos ordenamientos europeos¹⁴².

Con ello, la PMCC persigue que el Libro IV del CC recobre su importancia y función originaria como núcleo del Derecho de obligaciones y contratos¹⁴³, aplicable a todos los ciudadanos, entre los que el consumidor desarrolla un papel tan generalizado que ello justifica sobradamente su consideración por el CC¹⁴⁴. Al tiempo, hay que volver a recordar que la justificación de la existencia del Derecho de consumo está precisamente en la protección del consumidor (art. 51 CE), lo cual desvirtúa el argumento de que las relaciones de consumo pertenecen al ámbito del Derecho mercantil por ser relaciones mixtas, que se articulan entre empresario y consumidor.

La regulación sobre c.g.c. se contiene en la Sección 4.^a del Capítulo II («*de la formación del contrato*») de la redacción propuesta para el Título II («*De los contratos*») del Libro IV del CC, concretamente, en los arts. 1261 a 1264 PMCC. Se trata de una regulación «en bloque» que, frente a la opción que hubiera supuesto insertar cada una de las cuestiones que plantean en la sede correspondiente de teoría general del contrato, dota a la materia de una sistemática propia que se justifica por razón de la especificidad que presenta frente a la contratación negociada¹⁴⁵.

En materia de incorporación al contrato, el art. 1261.2 PMCC recoge el requisito de la cognoscibilidad de las c.g.c., sólo c.g.c., diciendo que «*quedarán incorporadas al contrato siempre que el predisponente haya adoptado, en tiempo oportuno, las medidas adecuadas para facilitar al adherente el pleno conocimiento de la*

¹⁴² Así, en la Exposición de Motivos, IX, PMCC se dice que, pese a la dificultad que a veces entraña la relación entre las normas tradicionales en materia de obligaciones y contratos y las relativas a la contratación con consumidores, se ha optado por la inclusión en el CC del núcleo sustancial de estas últimas realizando una remisión a lo dispuesto por leyes civiles especiales en aquellos puntos que son de mayor casuismo, a semejanza de la opción seguida por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2001. *Vid. Boletín de Información del Ministerio de Justicia* (en adelante, *BIMJ*), enero de 2009, pp. 10 ss., especialmente, p. 14.

Para una visión general de la PMCC, *vid. JEREZ DELGADO, C./PÉREZ GARCÍA, M. J., «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones»*, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2009-I, pp. 170 ss.

¹⁴³ *Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta»*, *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.^a L./Méndez Serrano, M.^a M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 19 ss.

¹⁴⁴ *Vid. DÍEZ-PICAZO, L., «La Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (Una presentación)»*, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, Núm. 2130, www.mjusticia.gob.es/bmj, p. 5, donde se justifica la opción integradora alegando que la mayor consagración de un Derecho especial es precisamente su incorporación al Derecho común.

¹⁴⁵ En este sentido, *vid. ALBIEZ DOHRMANN*, «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: ...», *op. cit.*, pp. 214 ss.

identidad y contenido de las que estén destinadas a incorporarse al contrato, sin que baste la mera referencia a ellas en un documento aunque esté firmado por las partes»¹⁴⁶. La norma deriva de los PECL que, a su vez, como hemos visto, influenciaron el DCFR, si bien este último no pudo ser tenido en cuenta por ser contemporáneo a la PMCC¹⁴⁷. Por lo que se refiere a la contratación electrónica, el art. 1268.1 párrafo segundo PMCC dice que el predisponente debe «*tener a disposición*» del destinatario las c.g.c. «*de manera que pueda almacenarlas y reproducirlas*»¹⁴⁸, norma cuyo modelo hay que situarlo en el art. 27.4 LSSI.

Por su parte, el art. 1261.3.1) PMCC determina la no incorporación al contrato de las c.g.c. que «*resulten tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado*»¹⁴⁹, es decir, las denominadas cláusulas «sorprendentes» o «insólitas», que se pretende que no formen parte del contrato por contradecir las expectativas razonables del adherente, pese a la posibilidad de haber tenido conocimiento de ellas y con independencia del juicio que merezcan a efectos de su valoración como abusivas. Ello supone una novedad importante con respecto al Derecho comunitario, los textos de Derecho contractual europeo, la LCGC y el TRLCU cuyo modelo se encuentra en el párrafo 305.c (1) *BGB*¹⁵⁰.

Por último, el art. 1261.3.2) PMCC recoge el requisito de la comprensibilidad de las c.g.c. como determinante del control de incorporación, pues no lo superan aquellas cuya redacción «*sea de tal modo oscura o confusa que se pueda suponer que resultarán incomprensibles por el adherente medio en contratos de las características del contrato que se trate*»¹⁵¹.

Con ello, la PMCC se aparta también de los textos de Derecho contractual europeo, que, como hemos visto, sitúan el incumplimiento del deber de transparencia en el ámbito del control de contenido de las cláusulas no negociadas obviando así que, como establecen la LCGC, el TRLCU y la PMCC, la consecuencia de que se produzca una violación del deber de transparencia por parte del predisponente debe ser la no incorporación al contrato de las cláusulas afectadas, que el adherente no tiene posibilidad de conocer

¹⁴⁶ *Cfr. BIMJ*, cit., p. 46.

¹⁴⁷ Sobre las influencias recibidas en la PMCC, *vid. DÍEZ-PICAZO*, «La Propuesta de Modernización ...», *op. cit.*, pp. 2 ss.; *ALBIEZ DOHRMANN*, «La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta», *op. cit.*, pp. 16 ss.

¹⁴⁸ *Cfr. BIMJ*, cit., p. 53.

¹⁴⁹ *Cfr. BIMJ*, cit., p. 46.

¹⁵⁰ A favor de esta norma, *DURÁN RIVACOB*, «La propuesta de reforma del Derecho de obligaciones y contratos...», *op. cit.*, p. 347.

¹⁵¹ *Cfr. BIMJ*, cit., p. 47.

ni, por tanto, de formarse un correcto consentimiento contractual. Por otro lado, se introduce el concepto de adherente medio, similar al de consumidor medio utilizado por el Derecho comunitario, en un adecuado entendimiento de que la valoración de la comprensibilidad de las c.g.c. debe efectuarse en función de las características de un adherente medio con relación a un determinado tipo de contrato.

En definitiva, la PMCC contiene un conjunto de reglas en materia de incorporación al contrato de c.g.c. que pueden calificarse de claras, sencillas y sistemáticas frente a la complejidad de las normas vigentes contenidas en la LCGC y el TRLCU: cognoscibilidad a través de la puesta a disposición, pues no son válidas a estos efectos las cláusulas de referencia, y comprensibilidad de la redacción. En la misma línea, el art. 1263.1 PMCC unifica en una misma norma los efectos de la declaración judicial de no incorporación al contrato de c.g.c. y de la nulidad de cláusulas no negociadas por su carácter abusivo conforme al esquema conocido: ineficacia parcial del contrato e integración del mismo, salvo que se produzca una situación no equitativa para una de las partes, en cuyo caso podrá declararse la ineficacia total del contrato¹⁵².

Esta claridad y sencillez, característica de un cuerpo legal con forma de código, no es sin embargo incompatible con el otorgamiento de un mayor nivel de protección al adherente que se consigue por dos vías: la prohibición de cláusulas «sorprendentes» bajo sanción de no incorporación al contrato y el concepto de adherente medio conforme a las características del tipo contractual de que se trate como criterio determinante de la valoración de la transparencia del clausulado contractual. La misma tendencia se observa en materia de control de contenido, en la que se introduce la importante novedad con respecto al Derecho vigente que supone extenderlo a la contratación entre empresarios (art. 1262.1 PMCC¹⁵³) en una acertada valoración de que el equilibrio contractual es susceptible de romperse también en los casos en que el adherente es un empresario no siendo por ello merecedor de un nivel de protección inferior¹⁵⁴.

¹⁵² Cfr. *BIMJ*, cit., p. 47.

Con relación a la integración del contrato ante la nulidad de cláusulas abusivas, recuérdese sin embargo la STJUE de 14 de junio de 2012 y posterior modificación del art. 83 TRLCU para adaptar nuestra legislación a lo en ella dispuesto eliminando las facultades judiciales relativas a dicha integración del contrato.

¹⁵³ Cfr. *BIMJ*, cit., p. 47.

¹⁵⁴ Piénsese sobre todo en el caso de las PYMES. En la misma línea, como vimos, el DCFR. En este sentido, *vid.* MIQUEL, J. M., «Artículo 8», *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, VVAA, Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León (dirs.), Jesús Alfaro Aguilera-Real (coord.), Cívitas, Madrid, 2002, pp. 434 ss., 446 ss.; MARTÍN PÉREZ, J. A., «El ámbito de aplicación subjetivo del régimen de las condiciones generales, (Sobre la necesidad de protección de los adherentes-

IX. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL DE 2014

El ALCM contiene también un conjunto de normas sobre incorporación al contrato de c.g.c. cuyo ámbito de aplicación se reduce a las relaciones entre empresarios dado que, pese a calificarse la contratación con consumidores como materia mercantil¹⁵⁵, se adopta al mismo tiempo el criterio de no incorporar las normas específicas en materia de protección de consumidores a la propuesta de Código mercantil¹⁵⁶, a las que como normativa especial se otorga preferencia¹⁵⁷.

Con base en ello, se introducen unas normas relativas a los aspectos «más básicos y generales» de las c.g.c., entre las que se incluyen las referidas al control de incorporación al contrato, dejándose el resto en manos de la legislación específica¹⁵⁸, es decir, de la LCGC, que quedaría afectada por la cláusula derogatoria general que resuelve las contradicciones que eventualmente pudieran presentar las normas no derogadas expresamente por el ALCM, como la LCGC, a favor de dicho ALCM¹⁵⁹.

El Título III, «*De las condiciones generales de la contratación*», del Libro cuarto, «*De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general*», arts. 430-1 a 430-5 ALCM, regula la incorporación al contrato de las c.g.c. a partir del art. 430-2.1 ALCM, conforme al que «*las condiciones generales únicamente*

profesionales»), *Bases de un Derecho contractual europeo*, VVAA, Santiago Espiàu Espiàu/Antoni Vaquer Aloy (Editores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 132 ss.; DURÁN RIVACOBIA, «Valor jurídico de las condiciones generales ...», *op. cit.*, pp. 689 y 690, «La propuesta de reforma del Derecho de obligaciones y contratos...», *op. cit.*, p. 348; ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, *op. cit.*, pp. 148 ss., 251 ss.; «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: ...», *op. cit.*, pp. 223 y 224; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*», «Libro II, Contratos y otros actos jurídicos», ambos en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo, Marco Común de Referencia y Derecho español*, VVAA, Eduardo Valpuesta Gastaminza (coord.), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 73 y 74, y 154 y 155, respectivamente.

¹⁵⁵ Recuérdese, según se declara en la Exposición de Motivos, I-13, ALCM. *Cfr.* www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados, p. 16.

¹⁵⁶ Recuérdese, por las razones que se aducen en la Exposición de Motivos, I-34, ALCM. *Cfr.* www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados, p. 19.

¹⁵⁷ *Vid.* Exposición de Motivos, I-13, ALCM.. *Cfr.* www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados, p. 16.

¹⁵⁸ *Vid.* Exposición de Motivos, V-13, ALCM. *Cfr.* www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados, p. 47.

¹⁵⁹ Así, según la disposición derogatoria 4 ALCM, «*quedan derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en este Código*». *Cfr.* www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados, p. 574.

forman parte de un contrato cuando se produce su incorporación voluntaria al mismo», incorporación voluntaria que, según el art. 430-2.2 ALCM «puede producirse mediante su firma por las partes o mediante remisión explícita a ellas en el contrato o en otra documentación contractual»; por tanto, mediante cláusulas de referencia contenidas en el contrato o en anexos al mismo.

Ello supone una verdadera novedad con respecto a todos los textos examinados, cuyo común denominador ha sido precisamente prohibir de forma expresa la utilización de cláusulas de referencia con relación a cualquier adherente (PECL, ACQP, DCFR, PMCC) o, como mínimo, el consumidor (TRLCU, CESL). El art. 430-2.3 ALCM matiza la cuestión diciendo que «cuando la incorporación voluntaria de las condiciones generales tenga lugar por remisión, cualesquiera de las partes deberá tener previamente la posibilidad de acceder a su contenido bien por disponer de un soporte en el que figuren las condiciones generales bien por tener acceso al sistema de información en el que se encuentren accesibles y recuperables en soporte duradero». Pero, en cualquier caso, permitir las cláusulas de referencia, y no sólo en el contrato sino también en cualquier otra documentación que lleve consigo, supone una disminución importante de la protección del adherente empresario.

El art. 430-3.2 ALCM se muestra más proclive a dicha protección del adherente al privar de eficacia a las denominadas «cláusulas sorprendentes», es decir, a aquéllas «cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que ésta la acepte expresamente». La norma toma como modelo el art. 2.1.20 (1) de los Principios Unidroit, destinados, como vimos, a regir relaciones entre empresarios de carácter internacional, si bien la consideración de este tipo de cláusulas en el ámbito del control de incorporación al contrato también aparece en el *BGB* y en la PMCC.

Finalmente, el art. 430-5 ALCM regula la posibilidad de c.g.c. contradictorias en la oferta y aceptación del contrato, de forma que se da preferencia a estas últimas «a menos que el oferente, sin demora o con demora justificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido»; en caso contrario «los términos del contrato serán los de la oferta con las condiciones generales contenidas en la aceptación».

En materia de contratación electrónica, el artículo 421-8 ALCM contiene una norma especial para la incorporación al contrato de c.g.c. en la que se establece que «la comunicación electrónica dirigida a la perfección de un contrato que pretenda com-

prender condiciones generales habrá de incluirlas en toda su extensión, incorporarlas mediante referencia a su acceso electrónico o efectuar su mera remisión en caso de condiciones ampliamente conocidas y regularmente observadas en el tráfico considerado. En estos dos últimos supuestos las condiciones generales permanecerán accesibles a las partes quienes podrán recuperarlas en todo momento durante la vigencia del contrato». Se trata de una norma novedosa desde el punto de vista de su redacción y contenido, pues permite no sólo la incorporación por referencia sino también una «*mera remisión*» cuando se trate de c.g.c. «*ampliamente conocidas y regularmente observadas*» en el tráfico empresarial, siempre que, al igual que en el caso de incorporación por referencia, permanezcan accesibles para las partes mientras esté vigente contrato.

Por último, en materia de contrato de seguro, el ALCM prevé normas específicas sobre control de incorporación que persiguen «*reconocer las especialidades propias de este contrato*», especialidades que están relacionadas sobre todo con las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado¹⁶⁰. Así, el art. 581-3.3.a) ALCM dice que las c.g.c. y particulares del contrato de seguro deben cumplir los requisitos de «*concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos o cláusulas y pactos no contenidos en la póliza*». Es decir, recoge en buena medida el art. 80.1.a) TRLCU con la finalidad de introducir requisitos de comprensibilidad aplicables a las cláusulas del contrato de seguro, ausentes del resto de normas sobre incorporación al contrato de c.g.c. del ALCM, y, también, con la finalidad de evitar en este caso la posibilidad de cláusulas de referencia que reenvíen al adherente a condiciones que no aparezcan en la póliza.

Por otro lado, el art. 581-3.4 ALCM establece que «*las limitaciones de los derechos del asegurado, tomador o beneficiario figurarán de forma destacada y comprensible y deberán ser aceptadas por el tomador*», si bien «*las condiciones del contrato, incluidas las limitativas, se entenderán aceptadas si, transcurridos dos meses desde el pago de la prima, el tomador no ha manifestado su voluntad de resolver el contrato*». En este caso, la necesidad de que las cláusulas limitativas de derechos sean «*aceptadas por el tomador*» podría haberse recogido al modo del art. 3 LCS, que dice que dicha aceptación ha de ser por escrito y «*específicamente*»; ésta es sin duda la intención de los redactores de la norma a tenor de su

¹⁶⁰ Recuérdese el art. 3 LCS. *Vid.* Exposición de Motivos, VI-116, ALCM. *Cfr.* www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados, p. 64.

segunda parte, que consagra una especie de aceptación tácita en aras de la seguridad jurídica, pero no habría estado de más decirlo expresamente, pues en realidad todas las cláusulas del contrato han de ser aceptadas.

X. CONCLUSIONES

1. ¿CONTROL DE INCORPORACIÓN PARA C.G.C. O PARA CONTRATOS DE ADHESIÓN?

La primera cuestión a considerar de cara a la realización de propuestas de mejora de la normativa vigente en materia de control de incorporación al contrato de clausulados predispuestos es si dicho control debe seguir siendo aplicable a todo tipo de contratos de adhesión o únicamente a aquéllos que se realizan con c.g.c.

El fundamento del control de incorporación está en la ausencia de negociación de las cláusulas contractuales, que dificulta al adherente el conocimiento de su contenido, por lo que debería mantenerse para cualquier contrato de adhesión, con independencia de que se haya realizado con c.g.c. o no. El hecho de que los contratos de adhesión particulares, sin c.g.c., tengan una importancia cuantitativa muy residual y la circunstancia de que, además, la inexistencia de la nota de la generalidad en las cláusulas predispuestas dificulte la prueba de la ausencia de negociación, no justifican, a mi modo de ver, que el adherente sea excluido de una tutela jurídica adecuada en este ámbito¹⁶¹.

Como hemos visto, esta es la pauta que sigue el Derecho español a través de la doble regulación contenida en los arts. 5.^º LCGC, para las c.g.c., y 80.1.a) y b) TRLCU, para las cláusulas no negociadas en la contratación con consumidores, pauta cuyo origen hay que situar en la Directiva 93/13/CEE y que adoptan también los PECL, los ACQP, el DCFR y la Propuesta de Reglamento sobre compraventa europea. Frente a ello, la PMCC y el ALCM han optado por restringir las normas sobre control de incorporación al ámbito de las c.g.c., de la misma forma que los principales modelos de Derecho comparado a que hicimos referencia, especialmente, el que representa el *BGB* alemán.

¹⁶¹ En contra, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Las cláusulas individuales no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, VVAA, J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coords.), I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 81.

2. ¿TRATAMIENTO NORMATIVO UNITARIO O DIFERENCIADO PARA LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES?

Partiendo de la premisa de que el control de incorporación al contrato de clausulados predispuestos se justifica y, por tanto, debe mantenerse, para cualquier tipo de contrato de adhesión, la siguiente cuestión a resolver es la relativa a la conveniencia, o no, de mantener un régimen diferenciado al respecto aplicable a la contratación con consumidores.

A mi modo de ver, sería preferible un tratamiento normativo unitario de la cuestión, por varias razones. En primer lugar, una regulación diferenciada no se justifica desde el punto de vista material porque no concurren circunstancias especiales en la contratación con consumidores que no se puedan salvar con un régimen unitario que, en su caso, contenga algunas normas especiales aplicables al consumidor.

La circunstancia más relevante a tener en cuenta cuando el adherente tiene la condición de consumidor es el grado de comprensibilidad exigible a las cláusulas contractuales, en la que aparece claramente implicada su condición de parte débil de la relación jurídica. Ello se debe solventar con la consideración normativa del concepto de adherente medio con relación al tipo de contrato de que se trate, concepto que por otro lado conviene que sea recogido para todo adherente y no sólo para el consumidor.

Recurriendo al régimen vigente, ya vimos que lo único que aporta el art. 80.1 TRLCU con relación al art. 5.^º LCGC es, por un lado, la referencia a que las cláusulas no negociadas se formulen *«sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual»* [letra a)], requisito que sin embargo debería ser exigible, de una forma u otra, para todos los contratos de adhesión y no sólo para los celebrados con consumidores. Por otro lado, la reforma del art. 80.1.b) por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha introducido un criterio objetivo para la valoración de la *«legibilidad»* de las cláusulas contractuales que debería ser igualmente de aplicación a todo adherente, pues no puede considerarse a nadie vinculado contractualmente por clausulados de lectura dificultosa porque el tamaño de la letra es minúsculo o su contraste con el fondo es insuficiente.

Desde el punto de vista formal, un régimen unitario permitiría superar la doble regulación que existe en la actualidad (LCGC, para cualquier adherente, y TRLCU, para contratos con consumidores), eliminando así una de las deficiencias más graves de nues-

tro Derecho en la materia, el solapamiento normativo que afecta a los contratos de adhesión que se celebran con consumidores cuyo contenido son c.g.c.

La relación jurídica ha de establecerse, por tanto, en términos de predisponente y adherente, sin perjuicio de que, en su caso, se contemple alguna especificidad para la contratación con consumidores. En este sentido se han planteado modelos de Derecho comparado como el Derecho holandés y portugués, los textos de Derecho contractual europeo (PECL, ACQP, DCFR), las tendencias más recientes de Derecho comunitario (CESL), y la PMCC¹⁶².

3. FORMULACIÓN DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN

3.1 Normas genéricas frente a normas casuísticas

El Derecho español contiene un sistema de incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas susceptible de ser mejorado desde muchos puntos de vista, no sólo en lo relativo a los solapamientos normativos que genera. Entre otras cuestiones, es particularmente destacable el hecho de que el TRLCU deja traslucir la inexistencia de un punto de partida correcto a nivel conceptual, induciendo más a confusión en este sentido que la propia LCGC, pese a ser posterior. Recuérdese que el art. 80.1.b) TRLCU, al hablar de la cognoscibilidad de las cláusulas no negociadas, que denomina «*accesibilidad*», introduce la referencia a la «*legibilidad*», que más bien tiene que ver con la comprensibilidad de las mismas; por su parte, el art. 80.1.a) TRLCU, al referirse a la comprensibilidad de dichas cláusulas no negociadas, lo enlaza con la necesidad de que no existan «*reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato*», lo cual tiene que ver más bien con la llamada cognoscibilidad.

A ello hay que sumar el detallismo en que incurren algunas de las normas vigentes, que con ello dan lugar a la configuración de un régimen demasiado estricto, que no permite su adaptación a las circunstancias del caso concreto. Recuérdese el art. 5.º1 LCGC, para los contratos celebrados por escrito, que recoge un cúmulo de

¹⁶² Recuérdese que, si bien los ACQP y la Propuesta de Reglamento de compraventa europea contienen alguna norma específica aplicable a la contratación con consumidores, ello no se hace en el marco de una doble regulación sino a modo de norma especial.

Por el contrario, el criterio seguido por el ALCM daría lugar a una, no doble, sino triple regulación (LCGC, TRLCU y ALCM).

requisitos cuyo estricto cumplimiento puede entorpecer la agilidad del tráfico empresarial.

A mi modo de ver, la formulación del régimen de incorporación al contrato de los clausulados predisuestos debe realizarse a través de normas de carácter más flexible, que permitan su adaptación a las circunstancias contractuales particulares. Se debe buscar que el adherente tenga la posibilidad efectiva de conocer el contenido del contrato antes de contratar, pero a través de una fórmula genérica, en la medida de lo posible, en la que se plasmen de forma clara y sencilla los objetivos perseguidos por el control de incorporación¹⁶³, y sin perjuicio de la consideración puntual de criterios concretos que faciliten la protección de dicho adherente, como el relativo al tamaño de la letra de los clausulados y a su contraste con el fondo del papel. En esta línea se sitúan todos los modelos de Derecho comparado que tomamos como referencia, los textos de Derecho contractual europeo (PECL, ACQP, DCFR), la Propuesta de Reglamento de compraventa europea, la PMCC y, hasta cierto punto, el ALCM.

3.2 Nivel de protección del adherente

Llegados a este punto, nos debemos plantear cuál es la fórmula más adecuada para conseguir los objetivos que persigue el control de incorporación al contrato de los clausulados predisuestos, lo cual está íntimamente ligado con el nivel de protección que se quiera otorgar al adherente.

3.2.1 COGNOSCIBILIDAD

Por lo que se refiere a la formulación de la cognoscibilidad de las cláusulas no negociadas, hemos visto modelos próximos de Derecho comparado que responden de forma muy correcta a sus objetivos. Recuérdese el art. 1341 párrafo primero del *Codice civile* italiano, seguido por el art. 33 del Anteproyecto de «Código europeo de contratos» del Grupo de Pavía, que condiciona la vinculación del adherente a las c.g.c. al hecho de que en el momento de celebración del contrato tenga conocimiento de ellas o haya podido conocerlas utilizando una diligencia ordinaria, y el art. 5.º del *Decreto-Lei portugués n.º 446/1985, de 25 de outubro, das condições gerais dos contratos*, que obliga al predisponente a

¹⁶³ En este sentido, ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 139.

comunicar al adherente las c.g.c. de forma íntegra, de manera adecuada y con la antelación necesaria para que, conforme a la importancia del contrato y la extensión y complejidad de las cláusulas, sea posible su conocimiento completo y efectivo por quien usa una diligencia media¹⁶⁴.

En ambos casos se utiliza el concepto de diligencia ordinaria o diligencia media como parámetro que sirve para calificar el cumplimiento de la obligación del predisponente de puesta a disposición del contenido del contrato: si el adherente pudo conocerlo utilizando una diligencia ordinaria, se presume que el predisponente cumplió con su obligación de puesta a disposición; ahora bien, en caso de conflicto, la norma portuguesa atribuye la carga de la prueba a éste último.

Frente a ello, los textos de Derecho contractual europeo no utilizan este concepto sino que formulan el objetivo de la cognoscibilidad de las cláusulas no negociadas a partir de la obligación del predisponente de adoptar medidas suficientes (PECL) o razonables (ACQP, DCFR) para llamar la atención del adherente sobre la existencia y contenido de dichas cláusulas, lo cual es también seguido por la Propuesta de Reglamento de compraventa europea y por la PMCC.

Estos textos incorporan otras medidas de protección del adherente, como la prohibición expresa de cláusulas de referencia, para todo tipo de contratos de adhesión (PECL, ACQP, DCFR, PMCC) o sólo con consumidores (CESL), y la introducción de una norma especial en materia de contratación con consumidores que exige la oportunidad real de conocer el contenido del contrato (ACQP). No obstante, el nivel de protección del adherente que se consigue es inferior al que consagra nuestro Derecho y al que persiguen los modelos de Derecho comparado señalados, italiano y portugués, para los que sólo si el adherente tiene posibilidad de conocer el clausulado contractual utilizando una diligencia media queda vinculado por el mismo.

El concepto de diligencia ordinaria o media del adherente permite centrar la atención en la parte contratante hacia la que va dirigido el control de incorporación y, por ello, constituye la formulación más lógica y conforme con la justicia material. Si dicho control de incorporación pretende que el adherente tenga la posibilidad de conocer las cláusulas no negociadas antes de la celebración del contrato, la consecuencia debe ser que quede vinculado

¹⁶⁴ Como pusimos de manifiesto, la doctrina más especializada en materia de c.g.c. se ha mostrado muy favorable al modelo portugués. *Vid. ALBIEZ DOHRMANN, La protección jurídica de los empresarios..., op. cit.*, p. 139.

contractualmente si tuvo dicha posibilidad utilizando una diligencia normal y no, simplemente, si el predisponente adoptó medidas razonables para llamar su atención sobre ellas, sin tener en cuenta si con estas medidas el adherente pudo o no pudo realmente conocer el contenido del contrato¹⁶⁵.

Al hilo de estas consideraciones, nos debemos plantear si la contratación electrónica merece un tratamiento específico, como sucede en el Derecho español y en bastantes de los textos manejados. En principio, una norma general que establezca la obligación del predisponente de poner a disposición del adherente los clausulados predisuestos para que éste pueda conocerlos con carácter previo a la celebración del contrato utilizando una diligencia normal sería suficiente en el sentido de que, sustantivamente, ello comprende una obligación de puesta a disposición que puede cumplirse a través del mismo medio de comunicación empleado o de cualquier otro.

Sin embargo, las características peculiares de la contratación electrónica y su importancia creciente justifican una norma específica dirigida a garantizar especialmente la posición del adherente con la finalidad de que la puesta a disposición de las cláusulas no negociadas se realice de modo que dicho adherente pueda almacenarlas y reproducirlas antes de la celebración del contrato. Esta es la tendencia marcada, como hemos visto, por los ACQP y el DCFR cuando exigen que el adherente pueda tenerlas disponibles *«in textual form»*, reflejo del art. 10.3 de la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, lo cual han recogido también de forma similar la PMCC, la Propuesta de Reglamento de compraventa europea y, hasta cierto punto, el ALCM.

Por último, la cognoscibilidad de los clausulados predispuestos plantea la problemática de las llamadas cláusulas «sorprendentes», recogidas expresamente como supuesto de no incorporación al contrato por los Principios Unidroit, el *BGB*, la PMCC y el ALCM. Se trata, como vimos, de un planteamiento novedoso con relación al Derecho comunitario, los textos de Derecho contractual europeo y el Derecho español, que no acaba de resultar coherente con los fundamentos del control de incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas: otorgar al adherente la posibilidad de conocer su contenido para, de esta manera, reconocer la validez de su consentimiento contractual. Por esta razón, podría establecerse una obligación específica de información del predisponente

¹⁶⁵ Recuérdese que esta oportunidad real de conocer el contenido del contrato la salvan los ACQP con la introducción de una norma especial aplicable a la contratación con consumidores, pero no los PECL, el DCFR, que sólo lo considera a efectos de abusividad de las cláusulas, la Propuesta de Reglamento de compraventa europea ni la PMCC.

con relación a este tipo de cláusulas bajo sanción de no incorporación al contrato, de forma que con ello pasarían a formar parte de este control de incorporación previo al contrato sin desvirtuar su naturaleza.

3.2.2 COMPRENSIBILIDAD

La comprensibilidad para el adherente de las cláusulas no negociadas constituye un requisito de suma importancia de cara a su incorporación al contrato, pues no se puede prestar un consentimiento válido sobre lo que no se puede conocer por ser incomprensible. Por lo tanto, la primera conclusión a destacar es la necesidad de que el deber de transparencia del predisponente se ubique en el ámbito del control de incorporación al contrato, como hace el Derecho español, los principales modelos de Derecho comparado, la PMCC y el ALCM (sólo con relación al contrato de seguro), y no en el ámbito del control de contenido, como hace el *BGB*, los ACQP, el DCFR y la Propuesta de Reglamento de compraventa europea (estos dos últimos sólo con relación a la contratación con consumidores), o, por lo menos, no de forma exclusiva¹⁶⁶.

Recuérdese que el incumplimiento del deber de transparencia por parte del predisponente se produce no sólo cuando redacta las cláusulas de manera oscura o abigarrada sino en todos los supuestos en que se presentan de forma ilegible o, por cualquier otro motivo, de forma no clara para el adherente dentro del contexto del contrato, obstaculizando así que pueda formarse un adecuado conocimiento de su posición contractual (STS de 9 de mayo de 2013). La formulación de dicho deber de transparencia no debe dejar resquicio a que se produzcan dudas a este respecto y superar, por tanto, declaraciones normativas que pudieran dar lugar a pensar que su valoración procede sólo tomando en consideración a las cláusulas contractuales de forma individualizada: de igual manera que el contrato se interpreta como un todo (art. 1285 CC) así ha de hacerse también con relación a la valoración del cumplimiento del deber de transparencia.

Por otro lado, una adecuada regulación de la necesidad de que las cláusulas no negociadas sean comprensibles aconseja que se recoja normativamente, al modo de la PMCC, el concepto de adherente medio aplicado al tipo contractual concreto de que se trate en cada caso como parámetro de valoración, pues otorgaría seguridad jurídica a esta cuestión sin dejar de lado la justicia material.

¹⁶⁶ *Vid.*, sin embargo, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, *op. cit.*, pp. 79 ss., especialmente, 93 ss., 109 ss.

4. SANCIÓN ANTE EL INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento de los requisitos de incorporación al contrato de los clausulados predispuestos da lugar a que el adherente no quede vinculado por los mismos, a que se tengan por no puestos. Como se explicó, nuestro Derecho parte de dos sanciones sólo aparentemente distintas, «no incorporación» (art. 7.º LCGC) y nulidad de pleno derecho (art. 8.º1 LCGC), que habría que unificar bajo la denominación única de nulidad de pleno derecho. La distinción entre «no incorporación» y nulidad sólo induce a confusión provocando inseguridad jurídica con relación a una problemática que incide directamente en la protección del adherente.

La nulidad de pleno derecho como sanción ante las deficiencias de incorporación no ha estado exenta de alguna crítica doctrinal, habiéndose llegado a proponer incluso su interpretación como nulidad relativa o anulabilidad con base en la legitimación restringida del adherente que se establece en el art. 9.º1 LCGC¹⁶⁷.

Sin embargo, la nulidad de pleno derecho es, a mi modo de ver, la sanción más correcta para el incumplimiento de los requisitos de incorporación, pues la propia razón de ser del control de incorporación deriva en la necesidad de una sanción que elimine directamente del contrato las cláusulas afectadas por el incumplimiento, que las tenga por no puestas, pudiendo además declararse ello de oficio sin necesidad de impugnación previa¹⁶⁸.

Las normas sobre incorporación al contrato de clausulados predispuestos se basan en razones de orden público: evitar que el adherente quede vinculado por contenidos que no tuvo oportunidad de conocer en el momento de la celebración del contrato. No se trata de proteger simplemente el interés privado de un adherente concreto, como demuestra la existencia de acciones colectivas dirigidas a la realización de un control previo a la inserción de c.g.c. en contratos determinados (art. 12 LCGC), que si bien no pueden aplicarse con relación a requisitos de cognoscibilidad o puesta a disposición sí pueden hacerlo con relación al incumplimiento del deber de transparencia.

¹⁶⁷ *Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ*, «El control de inclusión ...», *op. cit.*, pp. 1131 ss., que considera que la anulabilidad es una sanción más adecuada en el sentido de que su sometimiento a plazo proporciona seguridad al tráfico jurídico.

¹⁶⁸ Con relación a las cláusulas abusivas, el TJUE ha establecido de forma reiterada que la efectividad del art. 6.º1 de la Directiva 93/13/CEE, que obligó a los Estados miembros a tomar medidas para que dichas cláusulas no vinculen al consumidor, pasa necesariamente por el deber del juez nacional de apreciar de oficio su nulidad tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. *Vid. STJUE de 14 de junio de 2012, cit., DOUE de 28 de julio de 2012, C 227/5.*

Podría pensarse incluso en la adopción de mecanismos disuasorios para los empresarios con respecto a la utilización de c.g.c. que violen del control de incorporación y el control de contenido, al margen de las sanciones civiles, pues la nulidad de pleno derecho únicamente da lugar a que, en caso de conflicto, quepa la posibilidad de que tengan que eliminar las cláusulas afectadas de un contrato concreto tras el ejercicio de una acción y correspondiente sentencia a favor del adherente.

En este sentido, el Informe de la Comisión Europea de 27 de abril de 2000 sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE planteó la posibilidad de prever la imposición de sanciones indemnizatorias e, incluso, penales, a los empresarios que incurran en la utilización de cláusulas abusivas¹⁶⁹, posibilidad que podría también tenerse en cuenta en los casos de utilización de cláusulas que no hayan sido puestas a disposición del adherente o violen el deber de transparencia.

Finalmente, sería también conveniente unificar en una misma norma los efectos del incumplimiento del control de incorporación y del control de contenido, al modo en que lo hizo la PMCC, teniendo en cuenta la doctrina establecida por la citada STJUE de 14 de junio de 2012 a propósito de la improcedencia de conceder al juez facultades de integración del contrato que puedan eludir el efecto disuasorio buscado por la Directiva 93/13/CEE con relación a la utilización de cláusulas abusivas, valoración que debe ser igualmente aplicable con relación a los incumplimientos que puedan producirse del control de incorporación al contrato¹⁷⁰.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones, Edisofer, 2004.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Un nuevo Derecho de obligaciones, La Reforma 2002 del *BGB*», *Anuario de Derecho Civil*, 2002, pp. 1133 ss.
- «Las cláusulas individuales no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, VVAA, J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coords.), I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 75 ss.

¹⁶⁹ COM (2000) 248 final, pp. 20 y 21.

¹⁷⁰ Recuérdese que se dijo que la concesión al juez de facultades de integración del contrato puede dar lugar a que los empresarios caigan en la tentación de utilizar cláusulas abusivas pensando que, en el supuesto de que se llegue a declarar su nulidad, siempre es posible que dicha integración del contrato realizada por el juez acabe garantizando su interés. *Vid. DOUE* de 28 de julio de 2012, C 227/5. De ahí la modificación del art. 83 TRLCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, eliminando tales facultades judiciales de integración contractual.

- *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales, Una perspectiva española y europea*, Thomson Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
 - «La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.ª L./Méndez Serrano, M.ª M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 15 ss.
 - «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: una tendencia muy europea», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.ª L./Méndez Serrano, M.ª M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 194 ss.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Cívitas, Madrid, 1991.
- ARROYO AMAYUELAS, E., «Hacia un derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 209 ss.
- BARRES BENLLOCH, P./EMBID IRUJO, J. M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho contractual europeo*, Partes I y II, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- BLANDINO GARRIDO, M.ª A., «La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.ª L./Méndez Serrano, M.ª M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 239 ss.
- «II.-9:103: Cláusulas no negociadas individualmente», «II.-9:402: Deber de transparencia en las cláusulas no negociadas individualmente», *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VVAA, Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E./Sánchez González, M.ª P. (coords.), Tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 588 ss., y 645 ss., respectivamente.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción, (Estudio preliminar y traducción)», *Anuario de Derecho Civil*, 2007, pp. 621 ss.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «Artículo 89», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, VVAA, Sergio Cámará Lapuente (dir.), Colex, Madrid, 2011, pp. 910 ss.
- CARBALLO FIDALGO, M., «Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», *Indret*, 1/2010, www.indret.com, pp. 1 ss.
- CARRASCO PERERA, A., «Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de Derecho de los Consumidores», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámará Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 311 ss.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE, «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pp. 295 ss.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Introducción, Teoría del contrato, Thomson Cívitas, Madrid, 2007.

- «La Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (Una presentación)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, Núm. 2130, www.mjusticia.gob.es/bmj, pp. 1 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La contratación electrónica y la defensa del consumidor», *El comercio electrónico*, VVAA, Joseba A. Echeverría Sáenz (coord.), Edisofer, Madrid, 2001, pp. 31 ss.
- DURÁN RIVACOBA, R., «Valor jurídico de las condiciones generales de la contratación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, n.º 706, pp. 655 ss.
- «La propuesta de reforma del Derecho de obligaciones y contratos en España», *Revista de Derecho*, 2010, Vol. 11, pp. 327 ss.
- DURANY PICH, S., «Artículos 5 y 7», *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, VVAA, Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León (dirs.), Jesús Alfaro Águila-Real (coord.), Cívitas, Madrid, 2002, pp. 264 ss.
- FAUVARQUE-COSSON, B., «Hacia un Derecho común europeo de compraventa», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 41 ss.
- GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Las condiciones generales en la contratación electrónica», *La ley*, 2001, pp. 1693 ss.
- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», *Tratado de Contratos*, Tomo II, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1791 ss.
- GONZÁLEZ-MENESES, M., «La firma electrónica como instrumento de imputación jurídica. Una reflexión de derecho civil sobre la contratación electrónica», *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2012, pp. 419 ss.
- GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Artículo 5, Requisitos de incorporación», *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pp. 139 ss.
- «Artículo 80, Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente», «Comentario al artículo 89.1», *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 913 ss., y 1111 ss., respectivamente.
- «Los principios Lando», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 151 ss.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación, (Crónica de lo incomprensible)», *Anuario de Derecho Civil*, 2001, pp. 1105 ss.
- INFANTE RUIZ, F. J., «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2002, n.º 8, pp. 153 ss.
- JEREZ DELGADO, C./PÉREZ GARCÍA, M. J., «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2009-I, pp. 155 ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. DE A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVERRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, *Elementos de*

- Derecho Civil*, II, Derecho de Obligaciones, Vol. Primero, Parte general, Teoría general del contrato, Dykinson, Madrid, 2007.
- LLAMAS POMBO, E., «Comentario al art. 10 bis», *Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, VVAA, Eugenio Llamas Pombo (coord.), *La Ley*, Madrid, 2005, pp. 269 ss.
- LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales, Un estudio sobre sus controles de incorporación y de contenido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MARTÍN PÉREZ, J. A., «El ámbito de aplicación subjetivo del régimen de las condiciones generales (Sobre la necesidad de protección de los adherentes-profesionales)», *Bases de un Derecho contractual europeo*, VVAA Santiago Espiàu Espiàu/Antoni Vaquer Aloy (Editores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 131 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Contenido y efectos del contrato», *Derecho Privado Europeo*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (coord.), Colex, Madrid, 2003, pp. 435 ss.
- *Curso de Derecho Civil (II)*, Derecho de Obligaciones, VVAA, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), Colex, Madrid, 2014.
- MIQUEL, J. M., «Artículo 8», *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, VVAA, Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León (dirs.), Jesús Alfaro Águila-Real (coord.), Cívitas, Madrid, 2002, pp. 428 ss.
- MIRANDA SERRANO, L. M., «La contratación a distancia de consumo: TRDCU y Directiva 2011/83/UE», *Derecho (privado) de los consumidores*, VVAA, Luis María Miranda Serrano/Javier Pagador López (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 145 ss.
- PAGADOR LÓPEZ, J., *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.
- *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas, La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999.
- «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas», *Derecho (privado) de los consumidores*, VVAA, Luis María Miranda Serrano/Javier Pagador López (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 99 ss.
- «La protección del consumidor en el contrato de seguro», *Derecho (privado) de los consumidores*, VVAA, Luis María Miranda Serrano/Javier Pagador López (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 367 ss.
- PASQUAU LIAÑO, M., «Protección de los consumidores y Código Civil: ¿integración o distinción», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.ª L./Méndez Serrano, M.ª M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 485 ss.
- PERALES VISCASILLAS, P., «Los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 183 ss.
- PÉREZ ESCOLAR, M., «El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿hacia un código de consumidores?», *Revista Práctica de Derecho de daños*, Mayo 2010, Número 82, pp. 5 ss.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- «Artículo 80», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Colex, Madrid, 2011, pp. 696 ss.
 - «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», *Tratado de Contratos*, Tomo II, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1791 ss.
- PFEIFFER, T., «Non-Negotiated Terms», *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, VVAA, Reiner Schulze (ed.), Sellier, Munich, 2009, pp. 183 ss.
- PFEIFFER, T./EBERS, M., *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II, VVAA, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Sellier, Munich, 2009, pp. 297 ss.
- PICOD, Y., «Les projets français sur la réforme du droit des obligations», *InDret*, 4/2009, www.indret.com, pp. 1 ss.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. I, Sellier, Munich, 2009.
- REYES LÓPEZ, M.ª J., *Manual de Derecho privado de consumo*, La Ley, Madrid, 2012.
- ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de Adhesión», *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pp. 54 ss.
- SHULTE-NÖLKE, H., «El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la Compraventa», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 63 ss.
- SHULTE-NÖLKE, H./BUSCH, C., *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II, VVAA, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Sellier, Munich, 2009, pp. 49 ss.
- TERRÉ, F., *Pour une réforme du droit des contrats*, VVAA, sous la direction de Françoise Terré, Dalloz, Paris, 2008.
- TORRES GARCÍA, T. F., «Protección del consumidor y derecho de la contratación», *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, VVAA, Vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 881 ss.
- TWIGG-FLESNER, C., «La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 81 ss.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*», *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo, Marco Común de Referencia y Derecho español*, VVAA, Eduardo Valpuesta Gastaminza (coord.), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 61 ss.
- «Libro II, Contratos y otros actos jurídicos», *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo, Marco Común de Referencia y Derecho español*, VVAA, Eduardo Valpuesta Gastaminza (coord.), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 99 ss.
- VAQUER ALOY, A., «El Marco Común de Referencia», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239 ss.

- «Marco general del nuevo Derecho de contratos», *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2012, pp. 31 ss.
- VATTIER FUENZALIDA, C., «Conclusión y contenido del contrato en el Anteproyecto de Pavía», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, VVAA, J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coords.), II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4975 ss.
- VON BAR, C./BEALE, H./CLIVE, E./SCHULTE-NÖLKE, H., «Introduction», «Principles», *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. I, Sellier, Munich, 2009, pp. 1 ss., y pp. 37 ss., respectivamente.
- VON BAR, C./CLIVE, E., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. I, Sellier, Munich, 2009.
- ZIMMERMANN, R., *El nuevo Derecho alemán de obligaciones, Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción al castellano de E. Arroyo i Amayuelas, Bosch, Barcelona, 2008.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

MARTA OTERO CRESPO

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. *Legislación:* A) Normativa vigente: Banca y mercados. Consumidores y usuarios. Derecho de contratos. Derecho de la competencia. Derecho de sociedades. Derecho de sucesiones. Espacio judicial europeo. Internet y tecnología. Propiedad intelectual e industrial. Responsabilidad civil y seguros. B) Propuestas, proyectos y trabajos legislativos: Banca y mercados. Consumidores y usuarios. Derecho de sociedades. Espacio judicial europeo. Marcas, dibujos y modelos. Protección de datos.—II. *Procedimientos jurisdiccionales:* Consumidores y usuarios. Derecho de contratos. Derecho de la competencia. Derecho de sociedades. Derecho de sucesiones. Espacio judicial europeo. Insolvencia. Marcas, dibujos y modelos. Propiedad intelectual. Responsabilidad civil y seguros.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

BANCA Y MERCADOS

1. **Decisión del Banco Central Europeo, de 1 de septiembre de 2014, por la que se modifica la Decisión BCE/2013/35 sobre medidas adicionales relativas a las operaciones de financiación del Eurosistema y la admisibilidad de los activos de garantía (BCE/2014/38), DOUE, L, núm. 278, de 20 de septiembre de 2014.**
2. **Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1030/2014 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los modelos uniformes y la fecha a efectos de la divulgación de los valores utilizados para identificar las entidades de importancia sistémica mundial, de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, L, núm. 284, de 30 de septiembre de 2014.**

3. **Corrección de errores del Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones (DO L 201 de 27.7.2012), DOUE, L, núm. 307, de 28 de octubre de 2014.**
4. **Reglamento Delegado (UE) n.º 1151/2014 de la Comisión, de 4 de junio de 2014, por el que se completa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la normas técnicas de regulación relativas a la información que se ha de notificar a la hora de ejercer el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, DOUE, L, núm. 309, de 30 de octubre de 2014.**
5. **Reglamento Delegado (UE) n.º 1152/2014 de la Comisión, de 4 de junio de 2014, por el que se completa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en cuanto a las normas técnicas de regulación relativas a la determinación de la ubicación geográfica de las exposiciones crediticias pertinentes para el cálculo del porcentaje de colchón de capital anticíclico específico de cada entidad, DOUE, L, núm. 309, de 30 de octubre de 2014.**
6. **Corrección de errores de la corrección de errores de la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos (DO L 173 de 12.6.2014), DOUE, L, núm. 309, de 30 de octubre de 2014.**
7. **Reglamento Delegado (UE) n.º 1187/2014 de la Comisión, de 2 de octubre de 2014, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación para determinar la exposición global frente a un cliente o un grupo de clientes vinculados entre sí con respecto a las operaciones con activos subyacentes, DOUE, L, núm. 324, de 7 de noviembre de 2014.**
8. **Orientación del Banco Central Europeo, de 19 de noviembre de 2014, por la que se modifica la Orientación BCE/2014/31 sobre medidas temporales adicionales relativas a las operaciones de financiación del Eurosistema y la admisibilidad de los activos de garantía y por la que se modifica la Orientación BCE/2007/9 (BCE/2014/46), DOUE, L, núm. 348, de 4 de diciembre de 2014.**
9. **Reglamento (UE) n.º 1374/2014 del Banco Central Europeo, de 28 de noviembre de 2014, sobre las obligaciones de información estadística de las compañías de seguros (BCE/2014/50), DOUE, L, núm. 366, de 20 de diciembre de 2014.**
10. **Reglamento (UE) n.º 1375/2014 del Banco Central Europeo, de 10 de diciembre de 2014, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1071/2013 relativo al balance del sector de las instituciones financieras monetarias (BCE/2013/33) (BCE/2014/51), DOUE, L, núm. 366, de 20 de diciembre de 2014.**

11. **Reglamento (UE) n.º 1376/2014 del Banco Central Europeo, de 10 de diciembre de 2014, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1745/2003 relativo a la aplicación de las reservas mínimas (BCE/2003/9) (BCE/2014/52), *DOUE*, L, núm. 366, de 20 de diciembre de 2014.**
12. **Decisión (UE) 2015/5 del Banco Central Europeo, de 19 de noviembre de 2014, sobre la ejecución del programa de adquisiciones de bonos de titulización de activos (BCE/2014/45), *DOUE*, L, núm. 1, de 6 de enero de 2015.**
13. **Reglamento Delegado (UE) 2015/1 de la Comisión, de 30 de septiembre de 2014, por el que se completa el Reglamento (CE) n.º 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación aplicables a la información periódica sobre los honorarios cobrados por las agencias de calificación a efectos de la supervisión permanente por parte de la Autoridad Europea de Valores y Mercados, *DOUE*, L, núm. 1, de 6 enero de 2015.**
14. **Reglamento Delegado (UE) 2015/2 de la Comisión, de 30 de septiembre de 2014, por el que se completa el Reglamento (CE) n.º 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación aplicables a la presentación de la información que las agencias de calificación crediticia comunican a la Autoridad Europea de Valores y Mercados, *DOUE*, L, núm. 1, de 6 de enero de 2015.**
15. **Reglamento Delegado (UE) 2015/3 de la Comisión, de 30 de septiembre de 2014, por el que se completa el Reglamento (CE) n.º 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a las normas técnicas de regulación relativas a los requisitos de información aplicables a los instrumentos de financiación estructurada, *DOUE*, L, núm. 1, de 6 de enero de 2015.**
16. **Decisión (UE) 2015/32 del Banco Central Europeo, de 29 de diciembre de 2014, acerca de las exenciones que pueden concederse en virtud del Reglamento (UE) n.º 1073/2013 relativo a las estadísticas sobre activos y pasivos de fondos de inversión (BCE/2013/38) (BCE/2014/62), *DOUE*, L, núm. 5, de 9 de enero de 2015. 17.**
17. **Reglamento Delegado (UE) 2015/61 de la Comisión, de 10 de octubre de 2014, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe al requisito de cobertura de liquidez aplicable a las entidades de crédito, *DOUE*, L, núm. 11, de 17 de enero de 2015.**
18. **Reglamento de Ejecución (UE) 2015/79 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2014, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 680/2014 de la Comisión, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento**

Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las cargas de los activos, el modelo de puntos de datos único y las normas de validación, *DOUE*, L, núm. 14, de 21 de enero de 2015.

19. **Reglamento (UE) 2015/159 del Consejo, de 27 de enero de 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2532/98 sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones, *DOUE*, L, núm. 27, de 3 de febrero de 2015.**
20. **Reglamento Delegado (UE) 2015/160 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2014, que modifica el Reglamento Delegado (UE) n.º 907/2014, que completa el Reglamento (UE) n.º 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los organismos pagadores y otros órganos, la gestión financiera, la liquidación de cuentas, las garantías y el uso del euro, *DOUE*, L, núm. 27, de 3 de febrero de 2015.**
21. **Reglamento de Ejecución (UE) 2015/227 de la Comisión, de 9 de enero de 2015, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 680/2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, *DOUE*, L, núm. 48, de 20 de febrero de 2015.**
22. **Decisión (UE) 2015/297 del Banco Central Europeo, de 15 de diciembre de 2014, por la que se modifica la Decisión BCE/2010/23 sobre la asignación de los ingresos monetarios de los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro (BCE/2014/56), *DOUE*, L, núm. 53, de 25 de febrero de 2015.**
23. **Decisión (UE) 2015/298 del Banco Central Europeo, de 15 de diciembre de 2014, sobre la distribución provisional de los ingresos del Banco Central Europeo (BCE/2014/57), *DOUE*, L, núm. 53, de 25 de febrero de 2015.**
24. **Decisión (UE) 2015/299 del Banco Central Europeo, de 10 de febrero de 2015, por la que se modifica la Decisión BCE/2014/34 sobre las medidas relativas a las operaciones de financiación a plazo más largo con objetivo específico (BCE/2015/5), *DOUE*, L, núm. 53, de 25 de febrero de 2015.**
25. **Corrección de errores del Reglamento (UE) n.º 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros (DO L 352 de 9.12.2014), *DOUE*, L, núm. 60, de 4 de marzo de 2015.**
26. **Orientación (UE) 2015/426 del Banco Central Europeo, de 15 de diciembre de 2014, por la que se modifica la Orientación BCE/2010/20 sobre el régimen jurídico de la contabilidad y la información financiera en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (BCE/2014/54), *DOUE*, L, núm. 68, de 13 de marzo de 2015.**

27. **Modificación 1/2014, de 15 de diciembre de 2014, del Reglamento interno del Consejo de Supervisión del Banco Central Europeo, DOUE, L, núm. 68, de 13 de marzo de 2015.**
28. **Decisión (UE) 2015/433 del Banco Central Europeo, de 17 de diciembre de 2014, sobre el establecimiento de un Comité deontológico y su reglamento interno (BCE/2014/59), DOUE, L, núm. 70, de 14 de marzo de 2015**

CONSUMIDORES Y USUARIOS

29. **Corrección de errores de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) (DO L 165 de 18.6.2013), DOUE, L, núm. 348, de 4 de diciembre de 2014.**

DERECHO DE CONTRATOS

30. **Corrección de errores del Reglamento (UE) n.º 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago (DO L 86 de 24.3.2012), DOUE, L, núm. 349, de 5 de diciembre de 2014.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

31. **Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE, L, núm. 349, de 5 de diciembre de 2014.**
32. **Corrección de errores de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (DO L 84 de 20.3.2014, DOUE, L, núm. 14, de 21 de enero de 2015).**

DERECHO DE SOCIEDADES

33. **Corrección de errores del Reglamento (UE) n.º 517/2013 del Consejo, de 13 de mayo de 2013, por el que se adaptan determinados Reglamentos y Decisiones en los ámbitos de la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, el derecho de socie-**

dades, la política de competencia, la agricultura, la seguridad alimentaria, la política veterinaria y fitosanitaria, la política de transportes, la energía, la fiscalidad, las estadísticas, las redes transeuropeas, el poder judicial y los derechos fundamentales, la justicia, la libertad y la seguridad, el medio ambiente, la unión aduanera, las relaciones exteriores, la política exterior, de seguridad y defensa y las instituciones, con motivo de la adhesión de la República de Croacia (*DO L 158 de 10.6.2013*), *DOUE*, L, núm. 282, de 26 de septiembre de 2014.

34. **Reglamento Delegado (UE) n.º 1042/2014 de la Comisión, de 25 de julio de 2014, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 514/2014 por lo que se refiere a la designación y a las responsabilidades en materia de gestión y control de las autoridades responsables y al estatus y a las obligaciones de las autoridades de auditoría.** *DOUE*, L, núm. 289, de 3 de octubre de 2014.
35. **Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos,** *DOUE*, L, núm. 330, de 15 de noviembre de 2014.
36. **Reglamento (UE) n.º 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros,** *DOUE*, L, núm. 352, de 9 de diciembre de 2014.
37. **Corrección de errores del Reglamento (UE) n.º 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros** (*DO L 352 de 26.11.2014*), *DOUE*, L, núm. 358, de 13 de diciembre de 2014.
38. **Reglamento (UE) n.º 1361/2014 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2014, que modifica el Reglamento (CE) n.º 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a las Normas Internacionales de Información Financiera 3 y 13 y a la Norma Internacional de Contabilidad 40,** *DOUE*, L, núm. 365, de 19 de diciembre de 2014.

DERECHO DE SUCESIONES

39. **Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1329/2014 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable,**

el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, *DOUE*, L, núm. 359, de 16 de diciembre de 2014.

ESPAZIO JUDICIAL EUROPEO

40. **Corrección de errores del Reglamento (UE) n.º 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (*DO L* 189 de 27.6.2014), *DOUE*, L, núm. 30, de 6 de febrero de 2015.**
41. **Reglamento (UE) 2015/263 de la Comisión, de 16 de enero de 2015, por el que se modifican los anexos I a IV del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE*, L, núm. 45, de 19 de febrero de 2015.**
42. **Reglamento de Ejecución (UE) 2015/228 de la Comisión, de 17 de febrero de 2015, por el que se sustituyen los anexos I a VII del Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, *DOUE*, L, núm. 49, de 20 febrero de 2015.**
43. **Reglamento Delegado (UE) 2015/281 de la Comisión, de 26 de noviembre de 2014, que sustituye los anexos I y II del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE*, L, núm. 54, de 25 de febrero de 2015.**

INTERNET Y TECNOLOGÍA

44. **Reglamento (UE) n.º 1196/2014 de la Comisión, de 30 de octubre de 2014, por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información, *DOUE*, L, núm. 319, de 6 de noviembre de 2014.**

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

45. **Corrección de errores del Reglamento (CE) n.º 1263/96 de la Comisión, de 1 de julio de 1996, por el que se completa el anexo del Reglamento (CE) n.º 1107/96 relativo al registro de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 17 del Reglamento**

(CEE) n.º 2081/92 (*DO L 163 de 2.7.1996*), *DOUE*, L, núm. 15, de 22 de enero de 2015.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

46. **Reglamento Delegado (UE) n.º 1125/2014 de la Comisión, de 19 de septiembre de 2014, por el que se complementa la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación del importe mínimo del seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía comparable de que deben disponer los intermediarios de crédito, *DOUE*, L, núm. 305, de 24 de octubre de 2014.**
47. **Reglamento Delegado (UE) 2015/35 de la Comisión, de 10 de octubre de 2014, por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), *DOUE*, L, núm. 12, de 17 de enero de 2015.**
48. **Corrección de errores de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (*DO L 335 de 17.12.2009*), *DOUE*, L, núm. 45, de 19 de febrero de 2015.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

BANCA Y MERCADOS

49. **Dictamen del Banco Central Europeo, de 24 de junio de 2014, acerca de una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la notificación de las operaciones de financiación de valores y su transparencia (CON/2014/49), *DOUE*, C, núm. 36, de 26 de septiembre de 2014.**
50. **Dictamen del Banco Central Europeo, de 25 de julio de 2014, sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a medidas para garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y de la información en la Unión (CON/2014/58), *DOUE*, C, núm. 352, de 7 de octubre de 2014.**
51. **Dictamen de la Comisión, de 26 de febrero de 2015, sobre el proyecto de Reglamento modificado del Banco Central Europeo relativo a las estadísticas sobre carteras de valores, *DOUE*, C, núm. 72, de 28 de febrero de 2015.**

CONSUMIDORES Y USUARIOS

52. **Comunicación de la Comisión conforme al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que codifica la Directiva 98/27/CE, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva, DOUE, C, núm. 363, de 14 de octubre de 2014**
53. **Corrección de errores de la comunicación de la Comisión conforme al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que codifica la Directiva 98/27/CE, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva (DO C 363 de 14.10.2014), DOUE, C, núm. 391, de 6 de noviembre de 2014.**
54. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La fragilidad de los consumidores frente a las prácticas comerciales en el mercado único» (Dictamen de iniciativa), DOUE, C, núm. 12, de 15 de enero de 2015.**
55. **Comunicación de la Comisión, con arreglo al artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de aplicar la legislación de protección de los consumidores, en relación con las autoridades competentes y las oficinas de enlace únicas, DOUE, C, núm. 23, de 23 de enero de 2015.**

DERECHO DE SOCIEDADES

56. **Resumen ejecutivo del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos relativo a la Propuesta de la Comisión de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada web, DOUE, C, núm. 390, de 5 de noviembre de 2014.**
57. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobernanza empresarial —COM(2014) 213 final – 2014/0121 (COD), DOUE, C, núm. 451, de 16 de diciembre de 2014.**
58. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad**

limitada COM(2014) 212 final – 2014/0120 (COD), DOUE, C, núm. 458, de 19 de diciembre de 2014.

ESPAZIO JUDICIAL EUROPEO

59. **Información referente al artículo 76 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE, C, núm. 4, de 9 de enero de 2015.**
60. **Información a que se refiere el artículo 71 del Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DOUE, C, núm. 38, de 4 de febrero de 2015.**

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

61. **Publicación de las listas de tribunales de marcas comunitarias y tribunales de dibujos y modelos comunitarios, de conformidad con el artículo 95, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria, y el artículo 80, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios, DOUE, C, núm. 332, de 24 de septiembre de 2014.**

PROTECCIÓN DE DATOS

62. **Resumen ejecutivo del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos relativo a la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre medidas estructurales para aumentar la resiliencia de las entidades de crédito de la UE y la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la notificación de las operaciones de financiación de valores y su transparencia, DOUE, C, núm. 328, de 20 de septiembre de 2014.**
63. **Resumen ejecutivo del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos relativo a la Decisión de la Comisión sobre la protección de los datos personales en el Portal Europeo de e-Justicia, DOUE, C, núm. 390, de 5 de noviembre de 2014.**
64. **Resumen ejecutivo del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de la Comisión de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobernanza empresarial, DOUE, C, núm. 417, de 21 de noviembre de 2014.**

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

CONSUMIDORES Y USUARIOS

65. **Asunto C-381/14:** Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona (España) el 11 de agosto de 2014 – Jorge Sales Sinués/Caixabank S.A., *DOUE*, C, núm. 388, de 3 de noviembre de 2014.
66. **Asunto C-385/14:** Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado Mercantil n.º 9 de Barcelona (España) el 12 de agosto de 2014 – Youssouf Drame Ba/Catalunya Caixa S.A., *DOUE*, C, núm. 388, de 3 de noviembre de 2014.
67. **Asunto C-34/13:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Krajský súd v Prešove – Eslovaquia) – Monika Kušionová/SMART Capital, a.s. (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas – Contrato de crédito al consumo —Artículo 1, apartado 2 – Cláusula que refleja una disposición legal imperativa —Ámbito de aplicación de la Directiva —Artículos 3, apartado 1, 4, 6, apartado 1, y 7, apartado 1 —Garantía del crédito constituida sobre un bien inmueble —Posibilidad de ejecutar esa garantía mediante una venta en subasta – Control jurisdiccional), *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.
68. **Asunto C-487/12:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de septiembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Ourense – España) – Vueling Airlines, S.A./Instituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia [Procedimiento prejudicial – Transporte aéreo – Normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Unión Europea – Reglamento (CE) n.º 1008/2008 – Libertad de fijación de precios – Facturación de equipaje – Suplemento de precio – Concepto de «tarifas aéreas» – Protección de los consumidores – Imposición de una multa al transportista por una cláusula contractual abusiva— Normativa nacional según la cual el transporte del pasajero y la facturación del equipaje deben estar comprendidos en el precio base del billete de avión – Compatibilidad con el Derecho de la Unión], *DOUE*, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.
69. **Asuntos acumulados C-359/11 y C-400/11:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 23 de octubre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Alexandra Schulz/Technische Werke Schüssental GmbH und Co.KG y Josef Egbringhoff/Stadtwerke Ahaus GmbH (Procedimiento prejudicial – Directivas 2003/54/CE y 2003/55/CE – Protección de los consumidores – Mercado interior de la electricidad y del gas natural – Normativa nacional que determina el contenido de los contratos celebrados con los consumidores a los

que se aplica la obligación general de suministro – Modificación unilateral por el profesional del precio del servicio —Información, en tiempo útil antes de la entrada en vigor de dicha modificación, de los motivos, las condiciones y la magnitud de ésta), *DOUE*, C, núm. 439, de 8 de diciembre de 2014.

70. Asunto C-310/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de noviembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Novo Nordisk Pharma GmbH/S (Procedimiento prejudicial – Directiva 85/374/CEE – Protección de los consumidores – Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos – Ámbito de aplicación material de la Directiva – Regímenes especiales de responsabilidad existentes en la fecha de notificación de la Directiva – Admisibilidad de un régimen nacional de responsabilidad que permite la obtención de información sobre los efectos secundarios de los productos farmacéuticos), *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.
71. Asunto C-539/14: Petición de decisión prejudicial presentada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón (España) el 27 de noviembre de 2014 – Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.
72. Asunto C-449/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 18 de diciembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal d'instance d'Orléans – Francia) – CA Consumer Finance/Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, de soltera Savary, Florian Bonato (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Crédito al consumo – Directiva 2008/48/CE – Obligaciones de información precontractual – Obligación de comprobar la solvencia del prestatario – Carga de la prueba – Medios de prueba), *DOUE*, C, núm. 65, de 23 de febrero de 2015.
73. Asunto C-537/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 15 de enero de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas – Lituania) Birutė Šiba/Arūnas Devėnas (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Ámbito de aplicación – Contratos celebrados con los consumidores – Contrato de prestación de servicios jurídicos concluido entre un abogado y un consumidor), *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
74. Asunto C-573/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 15 de enero de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs KG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) n.º 1008/2008 – Servicios aéreos – Artículo 23, apartado 1, segunda frase – Transparencia de los precios – Sistema de reserva electrónica – Tarifas aéreas – Indicación del precio final en todo momento], *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.

DERECHO DE CONTRATOS

75. **Asunto T-170/08: Sentencia del Tribunal General de 11 de septiembre de 2014 – Comisión/ID FOS Research («Cláusula compromisoria – Contratos de contribución financiera a proyectos en el campo de las tecnologías industriales y de materiales – Devolución de una parte de las cantidades abonadas – Interés de demora»), DOUE, C, núm. 380, de 27 de octubre de 2014.**
76. **Asunto C-305/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de octubre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – Haeger & Schmidt GmbH/Mutuelles du Mans assurances IARD (MMA IARD), Jacques Lorio, Dominique Miquel, en calidad de administrador concursal de Safram intercontinental SARL, Ace Insurance SA NV, Va Tech JST SA, Axa Corporate Solutions SA (Procedimiento prejudicial – Convenio de Roma relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales – Artículo 4, apartados 1, 2, 4 y 5 – Ley aplicable a falta de elección de las partes – Contrato de comisión de transporte – Contrato de transporte de mercancías), DOUE, C, núm. 439, de 8 de diciembre de 2014.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

77. **Asunto T-471/11: Sentencia del Tribunal General de 5 de septiembre de 2014 – Éditions Odile Jacob/Comisión («Competencia – Concentraciones – Mercado de la edición de libros – Decisión que declara la concentración compatible con el mercado común bajo la condición de la transmisión de activos – Decisión de aprobación del adquirente de los activos transmitidos – Decisión adoptada a raíz de la anulación por el Tribunal de la decisión inicial relativa al mismo procedimiento – Interés en ejercitarse la acción – Infracción del artículo 266 TFUE – Incumplimiento de los compromisos impuestos por la decisión de autorización condicional – Distinción entre condiciones y cargas – Principio de irretroactividad – Apreciación de la candidatura del adquirente – Independencia del adquirente respecto al transmitente – Desviación de poder – Obligación de motivación»), DOUE, C, núm. 372, de 20 de octubre de 2014.**
78. **Asunto C-408/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 4 de septiembre de 2014 – YKK Corp., YKK Holding Europe BV, YKK Stocko Fasteners GmbH/Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercados de las cremalleras y de los «demás tipos de cierres» y de la maquinaria para fijarlos – Responsabilidades sucesivas – Límite legal de la multa – Artículo 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003 – Concepto de «empresa» – Responsabilidad personal – Principio de proporcionalidad – Multiplicador disuasorio), DOUE, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.**

79. Asuntos acumulados C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 y C-208/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 4 de septiembre de 2014 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Italia) – API – Anonima Petroli Italiana SpA/Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero dello Sviluppo economico (C-184/13), ANCC – Coop – Associazione Nazionale Cooperative di Consumatori y otros/Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti y otros (C-185/13), Air Liquide Italia SpA y otros/Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero dello Sviluppo economico (C-186/13), Confe tra – Confederazione Generale Italiana dei Trasporti e della Logistica y otros/Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Osservatorio sulle Attività di Trasporto, Ministero dello Sviluppo economico (C-187/13), Esso Italiana Srl/Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero dello Sviluppo economico (C-194/13), Confindustria – Confederazione generale dell’industria italiana y otros/Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero dello Sviluppo economico (C-195/13), Autorità garante della concorrenza e del mercato/Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero dello Sviluppo economico (C-208/13) (Procedimiento prejudicial – Transporte por carretera – Importe de los gastos mínimos de explotación determinado por un organismo representativo de los operadores de que se trata – Asociación de empresas – Restricción de competencia – Objetivo de interés general – Seguridad vial – Proporcionalidad), *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.
80. Asunto C-382/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2014 – MasterCard, Inc., MasterCard International, Inc., MasterCard Europe SPRL/Comisión Europea, Banco Santander, S.A., Royal Bank of Scotland plc, HSBC Bank plc, Bank of Scotland plc, Lloyds TSB Bank plc, MBNA Europe Bank Ltd, British Retail Consortium, EuroCommerce AISBL, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Recurso de casación – Adhesión al recurso de casación principal – Admisibilidad – Artículo 81 CE – Sistema de pago abierto mediante tarjetas de débito, de débito aplazado y de crédito – Tasas multilaterales de intercambio por defecto – Asociación de empresas – Restricciones de la competencia por su efecto – Criterio de control jurisdiccional – Concepto de «restricción accesoria» – Carácter objetivamente necesario y proporcionado – «Hipótesis comparativas» apropiadas – Sistemas bifrontes – Tratamiento de los anexos de la demanda en primera instancia), *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.
81. Asunto C-67/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2014 – Groupement des cartes bancaires (CB)/Comisión Europea, BNP Paribas, BPCE, anteriormente Caisse Nationale des Caisses d’Épargne et de Prévoyance (CNCEP), Société Générale SA (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Artículo 81 CE, apartado 1 – Sistema de tarjetas de pago en Francia – Decisión de asociación de empresas – Mercado de la emisión – Medidas tarifarias aplicables

- a los «nuevos miembros» – Derecho de adhesión y mecanismos denominados de «regulación de la función adquirente» y de «activación de los miembros pasivos» – Concepto de restricción de la competencia «por el objeto» – Examen del grado de nocividad para la competencia), *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.
82. Asunto C-374/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de septiembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven administrativen sad – Bulgaria) – «Valimar» OOD/Nachalnik na Mitnitsa Varna [Procedimiento prejudicial – Dumping – Hilos y cables de hierro o de acero originares de Rusia – Reglamento (CE) n.º 384/96 – Artículo 2, apartados 8 y 9, y artículo 11, apartados 2, 3, 9 y 10 – Reconsideración provisional – Reconsideración por expiración de las medidas antidumping – Validez del Reglamento (CE) n.º 1279/2007 – Determinación del precio de exportación sobre la base de las ventas a países terceros – Fiabilidad de los precios de exportación – Toma en consideración de los compromisos sobre precios – Variación de las circunstancias – Aplicación de un método diferente del utilizado en la investigación inicial], *DOUE*, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.
83. Asunto C-580/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de noviembre de 2014 – Guardian Industries Corp., Guardian Europe Sàrl/Comisión Europea [Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado del vidrio plano en el Espacio Económico Europeo (EEE) – Fijación de los precios – Cálculo del importe de la multa – Toma en consideración de las ventas internas de las empresas – Plazo razonable – Admisibilidad de los documentos presentados a efectos de la vista ante el Tribunal General], *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.
84. Asunto T-517/09: Sentencia del Tribunal General de 27 de noviembre de 2014 – Alstom/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los transformadores de potencia – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Perjuicio para el comercio entre Estados miembros – Concepto de empresa – Imputabilidad de la conducta infractora – Presunción de ejercicio efectivo de una influencia decisiva de una sociedad matriz en el comportamiento de su filial – Obligación de motivación»), *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.
85. Asunto T-521/09: Sentencia del Tribunal General de 27 de noviembre de 2014 – Alstom Grid/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los transformadores de potencia – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Acuerdo de reparto de mercado – Comunicación sobre la cooperación de 2002 – Dispensa de la multa – Confianza legítima – Obligación de motivación»), *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.

86. Asuntos acumulados T-472/09 y T-55/10: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2014 – SP/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de redondos para hormigón en barras o en rollos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 65 CA, tras la expiración del Tratado CECA, tomando como base el Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Fijación de los precios y de los plazos de pago – Limitación o control de la producción o de las ventas – Vicios sustanciales de forma – Base jurídica – Violación del principio de legalidad y utilización de procedimiento inadecuado – Multas – Límite máximo fijado en el artículo 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003 – Recurso de anulación – Decisión modificativa – Inadmisibilidad»], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.
87. Asuntos acumulados T-489/09, T-490/09 y T-56/10: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2014 – Leali y Acciaierie e Ferriere Leali Luigi/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de redondos para hormigón en barras o en rollos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 65 CA, tras la expiración del Tratado CECA, tomando como base el Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Fijación de los precios y de los plazos de pago – Limitación o control de la producción o de las ventas – Vicios sustanciales de forma – Base jurídica – Violación del principio de legalidad y utilización de procedimiento inadecuado – Multas – Duración de la infracción – Proporcionalidad – Prescripción – Recurso de anulación – Decisión modificativa – Inadmisibilidad»], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.
88. Asunto T-69/10: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2014 – IRO/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de redondos para hormigón en barras o en rollos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 65 CA, tras la expiración del Tratado CECA, tomando como base el Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Fijación de los precios y de los plazos de pago – Limitación o control de la producción o de las ventas – Vicios sustanciales de forma – Base jurídica – Instrucción del asunto – Definición del mercado – Violación del artículo 65 CA – Multas – Circunstancias atenuantes – Proporcionalidad»], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.
89. Asunto T-70/10: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2014 – Feralpi/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de redondos para hormigón en barras o en rollos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 65 CA, tras la expiración del tratado CECA, tomando como base el Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Fijación de los precios y de los plazos de pago – Limitación o control de la producción o de las ventas – Vicios sustanciales de forma – Incompetencia – Base jurídica – Violación del derecho de defensa – Principios de buena administración, de proporcionalidad y de igualdad de armas – Criterios de imputación – Definición del mercado – Violación del artículo 65 CA – Multas – Circunstancias atenuantes – Proporcionalidad»], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.

- culo 65 CA – Multas – Prescripción – Gravedad – Duración»], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.
90. **Asunto T-83/10: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2014 – Riva Fire/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de redondos para hormigón en barras o en rollos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 65 CA, tras la expiración del tratado CECA, tomando como base el Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Fijación de los precios y de los plazos de pago – Limitación o control de la producción o de las ventas – Vicios sustanciales de forma – Competencia de la Comisión – Base jurídica – Consulta al Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes – Derecho de defensa – Definición del mercado geográfico – Aplicación del principio de la ley más favorable – Violación del artículo 65 CA – Multas – Gravedad y duración de la infracción – Circunstancias atenuantes – Proporcionalidad – Aplicación de la Comunicación sobre la cooperación de 1996»], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.**
91. **Asunto T-85/10: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2014 – Alfa Acciai/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de redondos para hormigón en barras o en rollos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 65 CA, tras la expiración del tratado CECA, tomando como base el Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Fijación de los precios y de los plazos de pago – Limitación o control de la producción o de las ventas – Violación del principio de legalidad – Derecho de defensa – Infracción única y continuada – Multas – Fijación del importe de partida – Circunstancias atenuantes – Duración del procedimiento administrativo»], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.**
92. **Asunto T-90/10: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2014 – Ferriere Nord/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de redondos para hormigón en barras o en rollos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 65 CA, tras la expiración del tratado CECA, tomando como base el Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Fijación de los precios y de los plazos de pago – Limitación o control de la producción o de las ventas – Vicios sustanciales de forma – Competencia de la Comisión – Derecho de defensa – Constatación de la infracción – Multas – Reincidencia – Circunstancias atenuantes – Cooperación – Plena jurisdicción»], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.**
93. **Asunto T-91/10: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2014 – Lucchini/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de redondos para hormigón en barras o en rollos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 65 CA, tras la expiración del Tratado CECA, tomando como base el Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Fijación de los precios y de los plazos de pago – Limitación o control de la producción o de**

las ventas – Vicios sustanciales de forma – Base jurídica – Derecho de defensa – Multas – Gravedad y duración de la infracción – Circunstancias atenuantes – Toma en consideración de una sentencia anulatoria en un asunto conexo»], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.

94. Asunto T-92/10: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2014 – Ferriera Valsabbia y Valsabbia Investimenti/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de redondos para hormigón en barras o en rollos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 65 CA, tras la expiración del tratado CECA, tomando como base el Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Fijación de los precios y de los plazos de pago – Limitación o control de la producción o de las ventas – Violación del principio de legalidad – Derecho de defensa – Infracción única y continuada – Multas – Fijación del importe de partida – Circunstancias atenuantes – Duración del procedimiento administrativo»], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.
95. Asunto T-90/11: Sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2014 – ONP y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado francés de análisis de biología médica – Decisión por la que se constata una infracción del artículo 101 TFUE – Asociación de empresas – Colegio profesional – Objeto de la inspección y de la investigación – Requisitos para la aplicación del artículo 101 TFUE – Infracción por el objeto – Precio mínimo y restricciones al desarrollo de grupos de laboratorios – Infracción única y continuada – Prueba – Errores de apreciación de los hechos y errores de Derecho – Importe de la multa – Punto 37 de las Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006 – Competencia jurisdiccional plena»), *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.
96. Asunto T-544/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2014 – Hansen & Rosenthal KG y H&R Wax Company Vertrieb/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de las ceras de parafina – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios – Prueba de la infracción – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Derecho de defensa – Cálculo del valor de las ventas – Gravedad de la infracción – Irretroactividad – Igualdad de trato – Proporcionalidad»), *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
97. Asunto T-550/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2014 – Tudapetrol Mineralölerzeugnisse Nils Hansen/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de las ceras de parafina – Coordinación del incremento de los precios – Fijación de los precios – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Derecho de defensa – Prueba de la infracción – Prescripción»), *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
98. Asunto T-551/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2014 – H&R ChemPharm/Comisión («Competencia –

Prácticas colusorias – Mercado de las ceras de parafina – Decisión declarativa de una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios – Prueba de la infracción – Directrices de 2006 para el cálculo de las multas – Período de referencia – Cálculo del valor de las ventas – Gravedad de la infracción – Concentración durante el período de la infracción – Igualdad de trato – Proporcionalidad»), *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.

99. Asunto T-558/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2014 – Eni SpA/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de las ceras de parafina – Decisión declarativa de una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios – Prueba de la infracción – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Igualdad de trato – Circunstancias agravantes – Reincidencia – Obligación de motivación – Circunstancias atenuantes – Participación sustancialmente reducida – Infracción cometida por negligencia – Derecho de defensa – Plena jurisdicción»), *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
100. Asunto T-562/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2014 – Repsol Lubricantes y Especialidades y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de las ceras de parafina – Decisión declarativa de una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto de los mercados – Prueba de la existencia del cártel – Duración de la infracción – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Igualdad de trato – Presunción de inocencia – Imputabilidad de la conducta infractora – Responsabilidad de una sociedad matriz por las infracciones de las reglas de la competencia cometidas por sus filiales – Influencia decisiva ejercida por la sociedad matriz – Presunción en caso de tenencia de una participación del 100 %»), *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
101. Asunto T-72/09: Sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2014 – Pilkington Group y otros/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del vidrio para automóviles – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Acuerdos de reparto de mercados e intercambios de información comercialmente sensible – Multas – Derecho de defensa – Aplicación retroactiva de las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas – Valor de las ventas – Papel pasivo o de menor importancia – Efecto disuasorio de la multa – Consideración de las multas aplicadas anteriormente – Límite máximo de la multa – Tipo de cambio aplicable para el cálculo de la multa), *DOUE*, C, núm. 56, de 16 de febrero de 2015.
102. Asunto T-201/11: Sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2014 – Si.mobil/Comisión («Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado esloveno de la telefonía móvil – Decisión desestimatoria de una denuncia – Tramitación del asunto por una autoridad de competencia de un Estado miembro – Falta de interés de la Unión»), *DOUE*, C, núm. 56, de 16 de febrero de 2015.

103. Asunto C-434/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de diciembre de 2014 – Comisión Europea/Parker Hannifin Manufacturing Srl, anteriormente Parker ITR Srl, Parker-Hannifin Corp. (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado europeo de las mangueras marinas – Sucesión de entidades jurídicas – Imputabilidad del comportamiento infractor – Reducción de la multa por el Tribunal General – Competencia jurisdiccional plena), *DOUE*, C, núm. 65, de 23 de febrero de 2015.
104. Asuntos acumulados T-539/12 y T-150/13: Sentencia del Tribunal General de 15 de enero de 2015 – Ziegler/Comisión («Responsabilidad no contractual – Competencia – Mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica – Mudanzas de los funcionarios y otros agentes de la Unión – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Presupuesto de favor – Alcance de la responsabilidad de una institución – Autoridad de cosa juzgada – Deber de diligencia – Relación de causalidad»), *DOUE*, C, núm. 65, de 23 de febrero de 2015.
105. Asunto C-498/14 PPU: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 9 de enero de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Bruxelles – Bélgica) – David Bradbrooke/Anna Aleksandrowicz [Procedimiento prejudicial – Procedimiento prejudicial de urgencia – Cooperación judicial en materia civil – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Sustracción de un menor – Reglamento (CE) n.º 2201/2003 – Artículo 11, apartados 7 y 8], *DOUE*, C, núm. 65, de 23 de febrero de 2015.
106. Asunto T-355/13: Sentencia del Tribunal General de 21 de enero de 2015 – easyJet Airline/Comisión [«Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado de los servicios aeroportuarios – Decisión por la que se desestima una denuncia – Artículo 13, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Tratamiento del asunto por una autoridad de competencia de un Estado miembro – Desestimación de la denuncia por motivos de prioridad – Decisión de la autoridad de competencia en la que se extraen las conclusiones, en el Derecho de la competencia, de una investigación llevada a cabo a la luz de una legislación nacional aplicable al sector de que se trata – Obligación de motivación»], *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
107. Asuntos acumulados T-426/10 y T-575/10 y asunto T-440/12: Auto del Tribunal General de 25 de noviembre de 2014 – Moreda-Rivière Trefilerías/Comisión («Recurso de anulación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensando – Fijación de precios, reparto del mercado e intercambio de información comercial sensible – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Decisión por la que se modifica la decisión inicial sin incidencia sobre el importe de las multas impuestas a la demandante – Falta de interés en

- ejercitar la acción – Inadmisibilidad manifiesta parcial»), *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
108. Asuntos acumulados T-427/10 y T-576/10 y asunto T-439/12: Auto del Tribunal General de 25 de noviembre de 2014 – Trefilerías Quijano/Comisión («Recurso de anulación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Fijación de precios, reparto del mercado e intercambio de información comercial sensible – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Decisión por la que se modifica la decisión inicial sin incidencia sobre el importe de la multa impuesta a la demandante – Falta de interés en ejercitar la acción – Inadmisibilidad manifiesta parcial»), *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
109. Asuntos acumulados T-428/10 y T-577/10 y asunto T-441/12: Auto del Tribunal General de 25 de noviembre de 2014 – Trenzas y Cables de Acero/Comisión («Recurso de anulación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Fijación de precios, reparto del mercado e intercambio de información comercial sensible – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Decisión por la que se modifica la decisión inicial sin incidencia sobre el importe de las multas impuestas a la demandante – Falta de interés en ejercitar la acción – Inadmisibilidad manifiesta parcial»), *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
110. Asuntos acumulados T-429/10 y T-578/10 y asunto T-438/12: Auto del Tribunal General de 25 de noviembre de 2014 – Global Steel Wire/Comisión («Recurso de anulación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Fijación de precios, reparto del mercado e intercambio de información comercial sensible – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Decisión por la que se modifica la decisión inicial sin incidencia sobre el importe de las multas impuestas a la demandante – Falta de interés en ejercitar la acción – Inadmisibilidad manifiesta parcial»), *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
111. Asunto T-763/14: Recurso interpuesto el 14 de diciembre de 2014 – Suprema/OAMI – Sopro Bauchemie (SOPRAPUR), *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
112. Asunto T-775/14: Recurso interpuesto el 24 de noviembre de 2014 – Red Lemon/OAMI – Lidl Stiftung (ABTRONIC), *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
113. Asunto T-811/14: Recurso interpuesto el 8 de diciembre de 2014 – Unilever/OAMI – Technopharma (Fair & Lovely), *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
114. Asunto T-5/15: Recurso interpuesto el 8 de enero de 2015 – Ice Mountain Ibiza/OAMI – Marbella Atlantic Ocean Club (ocean beach club ibiza), *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.

115. **Asunto T-6/15: Recurso interpuesto el 8 de enero de 2015 – Ice Mountain Ibiza/OAMI – Marbella Atlantic Ocean Club (ocean ibiza), DOUE, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.**
116. **Asunto T-11/15: Recurso interpuesto el 9 de enero de 2015 – Internet Consulting/OAMI – Provincia Autonoma di Bolzano-Alto Adige (SUEDTIROL), DOUE, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.**

DERECHO DE SOCIEDADES

117. **Asunto C-441/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 17 de septiembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Almer Beheer BV, Daedalus Holding BV/Van den Dungen Vasttoed BV, Oosterhout II BVBA (Procedimiento prejudicial – Derecho de sociedades – Directiva 2003/71/CE – Artículo 3, apartado 1 – Obligación de publicar un folleto en caso de oferta pública de valores – Venta ejecutiva de valores), DOUE, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.**

DERECHO DE SUCESIONES

118. **Asunto C-404/14: Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud České republiky (República Checa) el 25 de agosto de 2014 – Marie Matoušková, comisaria judicial en procedimientos sucesorios/Misha Martinus y Elisabeth Jekaterina Martinus, representados por David Sedlák, en su condición de defensor judicial; Beno Jeriél Eljada Martinus, DOUE, C, núm. 431, de 1 de diciembre de 2014.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

119. **Asunto C-384/14: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Barcelona (España) el 11 de agosto de 2014 – Alta Realitat S.L./Erlock Films y Ulrich Thomsen, DOUE, C, núm. 388, de 3 de noviembre de 2014.**
120. **Asuntos acumulados C-119/13 y C-120/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de septiembre de 2014 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Amtsgericht Wedding – Alemania) – eco cosmetics GmbH & Co. KG/Virginie Laetitia Barbara Dupuy (C-119/13), Raiffeisenbank St. Georgen reg.Gen. mbH/Tetyana Bonchyk (C-120/13) [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 1896/2006 – Proceso monitorio europeo – Falta de notificación o de notificación válida – Efectos – Requerimiento europeo de pago declarado ejecutivo – Oposición – Revisión en casos excepcionales – Plazos], DOUE, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.**

121. **Asunto C-157/13:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de septiembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausasis Teismas – Lituania) – Nickel & Goeldner Spedition GmbH/«Kintra» UAB [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 1346/2000 – Artículo 3, apartado 1 – Concepto de «demanda relacionada estrechamente con un procedimiento de insolvencia» – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Artículo 1, apartado 2, letra b) – Concepto de «quiebra» – Demanda formulada por el síndico mediante la que se reclama el pago de un derecho de crédito – Derecho de crédito derivado de un transporte internacional de mercancías – Relación existente entre los Reglamentos nos 1346/2000 y 44/2001 y el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)], *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.
122. **Asunto C-327/13:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de septiembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Bruxelles – Bélgica) – Burgo Group SpA/Illochroma SA, en liquidación, Jérôme Theetten, que actúa en calidad de liquidador de Illochroma SA (Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Procedimientos de insolvencia – Concepto de «establecimiento» – Grupos de sociedades – Establecimiento – Derecho de incoar un procedimiento secundario de insolvencia – Criterios – Persona autorizada para solicitar la apertura de un procedimiento secundario de insolvencia), *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.
123. **Asunto T-669/11:** Sentencia del Tribunal General de 25 de septiembre de 2014 – Spirlea/Comisión [«Acceso a los documentos – Reglamento (CE) n.º 1049/2001 – Documento originario de Alemania en el marco de un procedimiento EU Pilot – Artículo 4, apartados 4 y 5 – Artículo 4, apartado 2, tercer guión – Denegación de acceso – Vicios sustanciales de forma – Obligación de proceder a un examen concreto e individual – Acceso parcial – Interés público superior»], *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.
124. **Asunto T-306/12:** Sentencia del Tribunal General de 25 de septiembre de 2014 – Spirlea/Comisión [«Acceso a los documentos – Reglamento (CE) n.º 1049/2001 – Artículo 4, apartado 2, tercer guión – Escritos informativos de la Comisión dirigidos a Alemania en el marco de un procedimiento EU Pilot – Denegación de acceso – Obligación de efectuar un examen concreto e individual – Interés público superior – Acceso parcial – Obligación de motivación»], *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.
125. **Asunto C-112/13:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de septiembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – A/B y otros (Artículo 267 TFUE – Constitución nacional – Procedimiento incidental de control de constitucionalidad obligatorio – Examen de la conformidad de una ley nacional tanto con el Derecho de la Unión

como con la Constitución nacional – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Inexistencia de domicilio o de lugar de residencia conocido del demandado en el territorio de un Estado miembro – Prórroga de competencia en caso de comparecencia del demandado – Representante judicial por ausencia), *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.

126. Asunto T-534/11: Sentencia del Tribunal General de 7 de octubre de 2014 – Schenker/Comisión [«Acceso a los documentos – Reglamento (CE) n.º 1049/2001 – Expediente administrativo y decisión final de la Comisión sobre un cartel, versión no confidencial de esa decisión – Denegación de acceso – Obligación de realizar un examen concreto e individual – Excepción relativa a la protección de los intereses comerciales de un tercero – Excepción relativa a la protección de los objetivos de las actividades de investigación – Interés público superior»], *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.
127. Asunto C-127/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 2 de octubre de 2014 – Guido Strack/Comisión Europea (Recurso de casación – Derecho a ser oído – Derecho al juez predeterminado por la ley – Acceso a los documentos de las instituciones – Denegación parcial al demandante del acceso a los documentos de que se trata – Decisión denegatoria inicial – Nacimiento de una decisión denegatoria presunta – Sustitución de una decisión denegatoria presunta por decisiones expresas – Interés en ejercitarse la acción después de la adopción de decisiones denegatorias expresas – Excepciones al acceso a los documentos – Salvaguardia del interés de una buena administración – Protección de datos personales e intereses comerciales), *DOUE*, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.
128. Asunto C-436/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 1 de octubre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) – Reino Unido) – E/B [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 2201/2003 – Artículos 8, 12 y 15 – Competencia en materia de responsabilidad parental – Procedimiento relativo a la custodia de un menor que reside habitualmente en el Estado miembro de residencia de su madre – Prórroga de la competencia en favor de un órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia del padre de ese menor – Alcance], *DOUE*, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.
129. Asunto C-376/14 PPU: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de octubre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court – Irlanda) – C/M [Procedimiento prejudicial – Procedimiento prejudicial de urgencia – Cooperación judicial en materia civil – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Reglamento (CE) n.º 2201/2003 –

Retención ilícita – Residencia habitual del menor], *DOUE*, C, núm. 439, de 8 de diciembre de 2014.

130. **Asunto C-302/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de octubre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākās Tiesas Senāts – Letonia) – AS flyLAL-Lithuanian Airlines, en liquidación/VAS Starptautiskā līdosta Riga, AS Air Baltic Corporation [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Artículo 31 – Solicitud de reconocimiento y ejecución de una resolución mediante la que se acuerda la adopción de medidas provisionales o cautelares – Artículo 1, apartado 1 – Ámbito de aplicación – Materia civil y mercantil – Concepto – Demanda de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la supuesta infracción del Derecho de la competencia de la Unión Europea – Reducción de las tasas aeroportuarias – Artículo 22, punto 2 – Competencias exclusivas – Concepto – Litigio en materia de sociedades y de personas jurídicas – Decisión por la que se conceden las reducciones – Artículo 34, punto 1 – Motivos de denegación del reconocimiento – Orden público del Estado requerido], *DOUE*, C, núm. 439, de 8 de diciembre de 2014.**
131. **Asunto C-656/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de noviembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud České republiky – República Checa) – L/M [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación judicial en materia civil – Competencia en materia de responsabilidad parental – Reglamento (CE) n.º 2201/2003 – Artículo 12, apartado 3 – Menor cuyos padres no están casados – Prórroga de competencia – Inexistencia de otro asunto conexo aún pendiente – Aceptación de la competencia – Impugnación de la competencia de un tribunal por una parte que ha iniciado otro procedimiento ante el mismo tribunal], *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.**
132. **Asuntos acumulados C-400/13 y C-408/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 18 de diciembre de 2014 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Amtsgericht Düsseldorf, Amtsgericht Karlsruhe – Alemania) – Sophia Marie Nicole Sanders representada por Marianne Sanders/David Verhaegen (C-400/13), Barbara Huber/Manfred Huber (C-408/13) (Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación en materia civil – Reglamento n.º 4/2009 – Artículo 3 – Competencia para resolver un recurso relativo a una obligación de alimentos respecto de una persona domiciliada en otro Estado miembro – Normativa nacional que establece una concentración de competencias), *DOUE*, C, núm. 65, de 23 de febrero de 2015.**
133. **Asunto C-498/14 PPU: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 9 de enero de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Bruxelles – Bélgica) – David Bradbrooke/Anna Aleksandrowicz [Procedimiento prejudicial – Procedimiento prejudicial de urgencia – Cooperación judicial en**

materia civil – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Sustracción de un menor – Reglamento (CE) n.º 2201/2003 – Artículo 11, apartados 7 y 8], DOUE, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.

INSOLVENCIA

134. **Asunto C-488/13: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de septiembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Okrazhen sad – Tagrovishte – Bulgaria) – «Parva Investitionna Banka» AD, «UniKredit Bulbank» AD, «Siyk Faundehshen» LLS/«Ear Proparti Developmant – v nesastoyatelnost» AD, Sindik na «Ear Proparti Developmant – v nesastoyatelnost» AD [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) n.º 1896/2006 – Concepto de «créditos pecuniarios no impugnados» – Procedimiento de insolvencia – Título extrajudicial relativo a un crédito impugnado – Petición de ejecución con cargo a la masa de la quiebra, basada en un título de esta naturaleza – Situación que no está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 1896/2006 – Incompetencia manifiesta del Tribunal de Justicia], DOUE, C, núm. 431, de 1 de diciembre de 2014.**

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

135. **Asunto T-518/11: Auto del Tribunal General de 5 de mayo de 2014 – BTL Diffusion/OAMI – dm-drogerie markt (babyTOlove) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de caducidad – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 339, de 29 de septiembre de 2014.**
136. **Asunto T-206/13: Auto del Tribunal General de 3 de julio de 2014 – Stance/OAMI – Pokarna (STANCE) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 339, de 29 de septiembre de 2014.**
137. **Asunto T-478/13: Auto del Tribunal General de 18 de junio de 2014 – NumberFour/OAMI – Inaer Helicópteros (ENFORE) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 339, de 29 de septiembre de 2014.**
138. **Asunto T-718/13: Auto del Tribunal General de 17 de julio de 2014 – The Directv Group/OAMI – Bolloré (DIRECTV) («Marca comunitaria – Pretensión de caducidad – Retirada de la solicitud de caducidad – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 339, de 29 de septiembre de 2014.**
139. **Asunto T-721/13: Auto del Tribunal General de 17 de julio de 2014 – The Directv Group/OAMI – Bolloré (DIRECTV) («Marca comunitaria – Pretensión de caducidad – Desistimiento de la pre-**

- tensión de caducidad – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 339, de 29 de septiembre de 2014.
140. **Asunto T-542/14: Recurso interpuesto el 21 de julio de 2014 – Grupo Bimbo/OAMI (Forma de pan de sándwich redondo), *DOUE*, C, núm. 339, de 29 de septiembre de 2014.**
141. **Asunto T-543/14: Recurso interpuesto el 22 de julio de 2014 – proxima Warenhandels/OAMI – Renfro (HOT SOX), *DOUE*, C, núm. 339, de 29 de septiembre de 2014.**
142. **Asunto T-544/14: Recurso interpuesto el 18 de julio de 2014 – Société des Produits Nestlé/OAMI – Terapia (ALETE), *DOUE*, C, núm. 339, de 29 de septiembre de 2014.**
143. **Asunto T-545/14: Recurso interpuesto el 18 de julio de 2014 – GEA Group/OAMI (engineering for a better world), *DOUE*, C, núm. 339, de 29 de septiembre de 2014.**
144. **Asunto T-554/14: Recurso interpuesto el 25 de julio de 2014 – Messi Cuccittini/OAMI – J.M.-E.V. e hijos (MESSI), *DOUE*, C, núm. 339, de 29 de septiembre de 2014.**
145. **Asunto T-557/14: Recurso interpuesto el 28 de julio de 2014 – BrandGroup/OAMI – Brauerei S. Riegele, Inh. Riegele (SPE-ZOOMIX), *DOUE*, C, núm. 339, de 29 de septiembre de 2014.**
146. **Asunto T-578/14: Recurso interpuesto el 1 de agosto de 2014 – VSM Geneesmiddelen/Comisión, *DOUE*, C, núm. 339, de 29 de septiembre de 2014.**
147. **Asunto T-584/14: Recurso interpuesto el 29 de julio de 2014 – Inditex/OAMI – Ansell (ZARA), *DOUE*, C, núm. 339, de 29 de septiembre de 2014.**
148. **Asunto T-613/14: Recurso interpuesto el 14 de agosto de 2014 – Industrias Tomás Morcillo/OAMI – Aucar Trailer (Polycart A Whole Cart Full of Benefits), *DOUE*, C, núm. 339, de 29 de septiembre de 2014.**
149. **Asunto C-249/14 P: Recurso de casación interpuesto el 22 de mayo de 2014 por Pêra-Grave – Sociedade Agrícola, Unipessoal Lda contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 27 de febrero de 2014 en el asunto T-602/11, Pêra-Grave – Sociedade Agrícola, Unipessoal Lda/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *DOUE*, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.**
150. **Asunto C-249/14 P: Recurso de casación interpuesto el 22 de mayo de 2014 por Pêra-Grave – Sociedade Agrícola, Unipessoal Lda contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 27 de febrero de 2014 en el asunto T-602/11, Pêra-Grave – Sociedade Agrícola, Unipessoal Lda/Oficina de Armonización del Mer-**

- cado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *DOUE*, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.
151. **Asunto T-687/13:** Sentencia del Tribunal General de 3 de septiembre de 2014 – Unibail Management/OAMI (Representación de dos líneas y cinco estrellas) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa dos líneas y cinco estrellas – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), y artículo 75 del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Falta de apreciación concreta – Obligación de motivación»], *DOUE*, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.
152. **Asunto T-722/13:** Auto del Tribunal General de 17 de julio de 2014 – The Directv Group/OAMI – Bolloré (DIRECTV) («Marca comunitaria – Solicitud de caducidad – Retirada de la solicitud de caducidad – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.
153. **Asunto T-81/14:** Auto del Tribunal General de 1 de agosto de 2014 – Energy Brands/OAMI – Smart Wines (SMARTWATER) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.
154. **Asunto T-398/14:** Recurso interpuesto el 5 de junio de 2014 – Best-Lock (Europe)/OAMI – Lego Juris (Forma de una figura de juguete), *DOUE*, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.
155. **Asunto T-568/14:** Recurso interpuesto el 30 de julio de 2014 – Laverana/OAMI (BIO FLUIDE DE PLANTE PROPRE FABRICATION), *DOUE*, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.
156. **Asunto T-569/14:** Recurso interpuesto el 30 de julio de 2014 – Laverana/OAMI (BIO COMPLEXE DE PLANTES ENRICHIE EN PROTÉINES PROPRE FABRICATION), *DOUE*, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.
157. **Asunto T-570/14:** Recurso interpuesto el 30 de julio de 2014 – Laverana/OAMI (BIO MIT PFLANZENFLUID AUS EIGENER HERSTELLUNG), *DOUE*, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.
158. **Asunto T-571/14:** Recurso interpuesto el 30 de julio de 2014 – Laverana/OAMI (BIO PROTEINREICHER PFLANZENKOMPLEX AUS EIGENER HERSTELLUNG), *DOUE*, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.
159. **Asunto T-572/14:** Recurso interpuesto el 31 de julio de 2014 – Laverana/OAMI (BIO CON ESTRATTI VEGETALI DI PRODUZIONE PROPRIA), *DOUE*, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.

160. **Asunto T-588/14: Recurso interpuesto el 8 de agosto de 2014 – Mechadyne International/OAMI (Flex Valve), DOUE, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.**
161. **Asunto T-608/14: Recurso interpuesto el 11 de agosto de 2014 – Laverana/OAMI (ORGANIC WITH PLANT FLUID FROM OUR OWN PRODUCTION), DOUE, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.**
162. **Asunto T-609/14: Recurso interpuesto el 11 de agosto de 2014 – Laverana/OAMI (ORGANIC PROTEIN RICH PLANT COMPLEX FROM OUR OWN PRODUCTION), DOUE, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.**
163. **Asunto T-610/14: Recurso interpuesto el 11 de agosto de 2014 – Laverana/OAMI (BIO ORGANIC), DOUE, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.**
164. **Asunto T-628/14: Recurso interpuesto el 20 de agosto de 2014 – Hewlett Packard Development Company/OAMI – (FORTIFY), DOUE, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.**
165. **Asunto T-629/14: Recurso interpuesto el 21 de agosto de 2014 – Jaguar Land Rover/OAMI (Forma de un coche), DOUE, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.**
166. **Asunto T-635/14: Recurso interpuesto el 22 de agosto de 2014 – Urb Rulmenti Suceava/OAMI – Adiguzel (URB), DOUE, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.**
167. **Asunto T-637/14: Recurso interpuesto el 27 de agosto de 2014 – noon Copenhagen/OAMI – Wurster Diamonds (noon), DOUE, C, núm. 361, de 13 de octubre de 2014.**
168. **Asunto C-150/14 P: Recurso de casación interpuesto el 31 de marzo de 2014 por Goldsteig Käsereien Bayerwald GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 29 de enero de 2014 en el asunto T-47/13, Goldsteig Käsereien Bayerwald GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) y Christin Vieweg, DOUE, C, núm. 372, de 20 de octubre de 2014.**
169. **Asunto T-218/12: Sentencia del Tribunal General de 10 de septiembre de 2014 – Micrus Endovascular/OAMI – Laboratorios Delta (DELTA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa DELTA – Marcas figurativas internacional y nacional anteriores DELTA PORTUGAL y denominación social LABORATORIOS DELTA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 372, de 20 de octubre de 2014.**
170. **Asunto T-494/12: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2014 – Biscuits Poult/OAMI – Banketbakkerij Merba (Bis-**

- cuit) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un galleta rota – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Artículos 4, 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 6/2002»], *DOUE*, C, núm. 372, de 20 de octubre de 2014.
171. Asunto T-199/13: Sentencia del Tribunal General de 10 de septiembre de 2014 – DTM Ricambi/OAMI – STAR (STAR) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa STAR – Marca internacional figurativa anterior STAR LODI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 372, de 20 de octubre de 2014.
172. Asunto T-615/14: Recurso interpuesto el 14 de agosto de 2014 – Fútbol Club Barcelona/OAMI (Representación de un escudo), *DOUE*, C, núm. 372, de 20 de octubre de 2014.
173. Asunto T-450/11: Sentencia del Tribunal General de 11 de septiembre de 2014 – Galileo International Technology/OAMI – ESA y Comisión (GALILEO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa GALILEO – Marcas comunitarias denominativas anteriores GALILEO – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Inexistencia de similitud entre los productos y servicios de que se trata»], *DOUE*, C, núm. 380, de 27 de octubre de 2014.
174. Asunto T-536/12: Sentencia del Tribunal General de 11 de septiembre de 2014 – Aroa Bodegas/OAMI – Bodegas Muga (aroa) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa aroa – Marca nacional figurativa anterior Aro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Denegación parcial de registro»], *DOUE*, C, núm. 380, de 27 de octubre de 2014.
175. Asunto T-127/13: Sentencia del Tribunal General de 11 de septiembre de 2014 – El Corte Inglés/OAMI – Baumarkt Praktiker Deutschland (PRO OUTDOOR) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa PRO OUTDOOR – Marca comunitaria figurativa anterior OUTDOOR garden barbecue camping – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Objeto del litigio ante la Sala de Recurso – Artículos 60 y 64, apartado 1, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 380, de 27 de octubre de 2014.
176. Asunto T-185/13: Sentencia del Tribunal General de 11 de septiembre de 2014 – Continental Wind Partners/OAMI – Continental Reifen Deutschland (CONTINENTAL WIND PARTNERS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de

marca comunitaria figurativa CONTINENTAL WIND PARTNERS – Marca internacional figurativa anterior Continental – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Denegación parcial de registro»], *DOUE*, C, núm. 380, de 27 de octubre de 2014.

177. **Asunto T-112/11: Auto del Tribunal General de 3 de septiembre de 2014 – Schutzgemeinschaft Milch und Milcherzeugnisse/Comisión («Recurso de anulación – Registro de una indicación geográfica protegida – «Edam Holland» – Inexistencia de interés en ejercitarse la acción – Falta de afectación directa – Inadmisibilidad»), *DOUE*, C, núm. 380, de 27 de octubre de 2014.**
178. **Asunto T-113/11: Auto del Tribunal General de 3 de septiembre de 2014 – Schutzgemeinschaft Milch und Milcherzeugnisse/Comisión («Recurso de anulación – Registro de una indicación geográfica protegida – «Gouda Holland» – Inexistencia de interés en ejercitarse la acción – Falta de afectación directa – Inadmisibilidad»), *DOUE*, C, núm. 380, de 27 de octubre de 2014.**
179. **Asunto T-564/14: Recurso interpuesto el 28 de julio de 2014 – Ahmed Mohamed Saleh Baeshen/OAMI, *DOUE*, C, núm. 380, de 27 de octubre de 2014.**
180. **Asunto T-631/14: Recurso interpuesto el 22 de agosto de 2014 – Roland/OAMI – Louboutin (matiz del color rojo para suela de zapato), *DOUE*, C, núm. 380, de 27 de octubre de 2014.**
181. **Asunto T-638/14: Recurso interpuesto el 26 de agosto de 2014 – Frinsa del Noroeste/OAMI – Frisa Frigorífico Rio Doce (FRISA), *DOUE*, C, núm. 380, de 27 de octubre de 2014.**
182. **Asunto T-641/14: Recurso interpuesto el 28 de agosto de 2014 – Dellmeier/OAMI – Dell (LEXDELL), *DOUE*, C, núm. 380, de 27 de octubre de 2014.**
183. **Asunto T-643/14: Recurso interpuesto el 1 de septiembre de 2014 – Red Lemon Incorporation/OAMI – Lidl Stiftung (ABTRONIC), *DOUE*, C, núm. 380, de 27 de octubre de 2014.**
184. **Asunto T-647/14: Recurso interpuesto el 2 de septiembre de 2014 – Infusion Brands/OAMI (DUALSAW), *DOUE*, C, núm. 380, de 27 de octubre de 2014.**
185. **Asunto T-648/14: Recurso interpuesto el 2 de septiembre de 2014 – Infusion Brands/OAMI (DUALTOOLS), *DOUE*, C, núm. 380, de 27 de octubre de 2014.**
186. **Asunto T-195/12: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2014 – Nuna International/OAMI – Nanu Nana Joachim Hoepp (nuna) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa nuna – Marcas comunitarias denominativas anteriores NANA y NANU-NANA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Denegación parcial de registro»], *DOUE*, C, núm. 380, de 27 de octubre de 2014.**

vo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Falta de similitud de los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 388, de 3 de noviembre de 2014.

187. Asunto T-493/12: Sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2014 – Sanofi/OAMI – GP Pharm (GEPRAL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca denominativa GEPRAL – Marca internacional denominativa anterior DELPRAL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 388, de 3 de noviembre de 2014.
188. Asunto T-11/13: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2014 – Tegometall International/OAMI – Irega (MEGO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa MEGO – Motivo de denegación relativo – Procedimiento de oposición anterior – Falta de fuerza de cosa juzgada»], *DOUE*, C, núm. 388, de 3 de noviembre de 2014.
189. Asunto T-90/13: Sentencia del Tribunal General de 18 de septiembre de 2014 – Herdade de S. Tiago II/OAMI – Polo/Lauren (V) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa V – Marcas comunitaria, nacional y del Benelux figurativas anteriores que representan un jugador de polo – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 388, de 3 de noviembre de 2014.
190. Asunto T-265/13: Sentencia del Tribunal General de 18 de septiembre de 2014 – Polo/Lauren/OAMI – FreshSide (Representación de un chico montado en bicicleta que sostiene una maza) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa a un chico montado en bicicleta que sostiene una maza – Marcas comunitaria y nacional figurativas anteriores que representan a un jugador de polo – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 388, de 3 de noviembre de 2014.
191. Asunto T-267/13: Sentencia del Tribunal General de 18 de septiembre de 2014 – El Corte Inglés/OAMI – Gaffashion (BAUSS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa BAUSS – Marca comunitaria figurativa anterior BASS3TRES – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Inexistencia de riesgo de confusión»], *DOUE*, C, núm. 388, de 3 de noviembre de 2014.
192. Asunto T-341/13: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2014 – Groupe Léa Nature/OAMI – Debonair Trading

Internacional (SO' BiO étic) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa SO'BiO étic – Marcas comunitaria y nacional denominativas anteriores SO...? – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 388, de 3 de noviembre de 2014.

193. **Asunto T-654/14: Recurso interpuesto el 8 de septiembre de 2014 – Revolution/OAMI (REVOLUTION), *DOUE*, C, núm. 388, de 3 de noviembre de 2014.**
194. **Asunto T-656/14: Recurso interpuesto el 11 de septiembre de 2014 – Peri/OAMI (forma de un cierre de encofrado), *DOUE*, C, núm. 388, de 3 de noviembre de 2014.**
195. **Asunto T-659/14: Recurso interpuesto el 15 de septiembre de 2014 – Instituto dos vinhos do Douro e do Porto/OAMI – Bruichladdich Distillery (PORT CARLOTTE), *DOUE*, C, núm. 388, de 3 de noviembre de 2014.**
196. **Asunto T-51/12: Sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2014 – Scooters India/OAMI – Brandconcern (LAMBRETTA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria denominativa LAMBRETTA – Uso efectivo de la marca – Caducidad parcial – Artículo 51, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo»], *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.**
197. **Asunto T-132/12: Sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2014 – Scooters India/OAMI – Brandconcern (LAMBRETTA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria denominativa LAMBRETTA – Uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo»], *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.**
198. **Asunto T-171/12: Sentencia del Tribunal General de 25 de septiembre de 2014 – Peri/OAMI (Forma de un tensor de rosca) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma de un tensor de rosca – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.**
199. **Asunto T-445/12: Sentencia del Tribunal General de 26 de septiembre de 2014 – Koscher + Würtz/OAMI – Kirchner & Wilhelm (KW SURGICAL INSTRUMENTS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca figurativa KW SURGICAL INSTRUMENTS – Marca nacional denominativa anterior Ka We – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009**

- Procedimiento de recurso – Amplitud del examen que debe efectuar la Sala de Recurso – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Solicitud presentada ante la División de Oposición – Denegación del registro de la marca solicitada sin previo examen del requisito de uso efectivo de la marca anterior – Error de Derecho – Facultad de modificación»], *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.
200. Asunto T-474/12: Sentencia del Tribunal General de 25 de septiembre de 2014 – Giorgis/OAMI (Forma de dos copas embaladas) [Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria tridimensional – Forma de dos copas embaladas – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 207/2009], *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.
201. Asunto T-484/12: Sentencia del Tribunal General de 25 de septiembre de 2014 – CEWE Stiftung/OAMI (SMILECARD) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa SMILECARD – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.
202. Asunto T-490/12: Sentencia del Tribunal General de 26 de septiembre de 2014 – Arnoldo Mondadori Editore/OAMI [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa GRAZIA – Marca nacional figurativa anterior GRAZIA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Inexistencia de similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento n.º 207/2009 – Renombre – Inexistencia de relación entre las marcas de que se trata»], *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.
203. Asunto T-516/12: Sentencia del Tribunal General de 25 de septiembre de 2014 – Ted-Invest/OAMI – Scandia Down (sensi scandia) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa sensi scandia – Marca comunitaria denominativa anterior SCANDIA HOME – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.
204. Asunto T-263/13: Sentencia del Tribunal General de 1 de octubre de 2014 – Lausitzer Früchteverarbeitung/OAMI – Rivella International (holzmichel) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de la marca comunitaria figurativa holzmichel – Marcas internacionales figurativas anteriores Michel y Michel POWER – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.

205. **Asunto T-266/13: Sentencia del Tribunal General de 26 de septiembre de 2014 – Brainlab/OAMI (Curve) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Curve – Motivo de denegación absoluto – Marca contraria al orden público o a las buenas costumbres – Artículo 7, apartado 1, letra f), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.**
206. **Asunto T-605/13: Sentencia del Tribunal General de 25 de septiembre de 2014 – Alma-The Soul of Italian Wine/OAMI – Miguel Torres (SOTTO IL SOLE ITALIANO SOTTO il SOLE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa SOTTO IL SOLE ITALIANO SOTTO il SOLE – Marca comunitaria denominativa anterior VIÑA SOL – Motivo de denegación relativo – Artículo 75 del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Obligación de motivación»], *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.**
207. **Asunto C-435/13 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 17 de julio de 2014 – Erich Kastenholz/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Qwatch-me A/S [Recurso de casación – Reglamento (CE) n.º 6/2002 – Dibujos o modelos comunitarios – Artículos 4 a 6, 25, apartado 1, letras b) y f), y 52 – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa esferas de reloj de pulsera – Dibujo o modelo comunitario anterior – Solicitud de nulidad], *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.**
208. **Asunto C-490/13: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 17 de julio de 2014 – Cytochroma Development, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Artículo 169, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento – Recurso de casación que no tiene por objeto el fallo de la sentencia impugnada – Recurso de casación manifiestamente inadmisible), *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.**
209. **Asunto C-509/13 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de septiembre de 2014 – Metropolis Inmobiliarias y Restauraciones, S.L./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), MIP Metro Group Intellectual Property GmbH & Co. KG [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) n.º 40/94 – Solicitud de registro de la marca figurativa que contiene el elemento denominativo «METRO» en los colores azul y amarillo – Oposición del titular de la marca figurativa comunitaria en color que contiene el elemento denominativo «GRUPOMETROPOLIS» – Desestimación de la oposición], *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.**
210. **Asunto C-535/14: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de julio de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada**

por el Monomeles Protodikeio Athinon – Grecia) – Honda Giken Kogyo Kabushiki Kaisha/Maria Patmanidi AE [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Marcas – Derecho del titular de una marca a oponerse a la primera comercialización en el Espacio Económico Europeo (EEE), sin su consentimiento, de productos designados con dicha marca], *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.

211. Asunto T-300/12: Sentencia del Tribunal General de 8 de octubre de 2014 – Lidl Stiftung/OAMI – A Colmeia do Minho (FAIRGLOBE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de la marca comunitaria figurativa FAIRGLOBE – Marcas nacionales denominativas anteriores GLOBO – Motivo de denegación relativo – Falta de uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Regla 22, apartados 3 y 4, del Reglamento (CE) n.º 2868/95»], *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.
212. Asunto T-531/12: Sentencia del Tribunal General de 7 de octubre de 2014 – Tifosi Optics/OAMI – Tom Tailor (T) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria gráfica T – Marca comunitaria gráfica anterior T – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.
213. Asunto T-39/13: Sentencia del Tribunal General de 3 de octubre de 2014 – Cezar/OAMI – Poli-Eco (Insert) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un componente que se inserta – Dibujo o modelo anterior – Novedad – Carácter singular – Características visibles de un componente de un producto complejo – Apreciación del dibujo o modelo anterior – Artículos 3, 4, 5, 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 6/2002»], *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.
214. Asunto T-77/13: Sentencia del Tribunal General de 8 de octubre de 2014 – Laboratoires Polive/OAMI – Arbora & Ausonia (DODIE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa DODIE – Marca nacional denominativa anterior DODOT – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Facultad de modificación»], *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.
215. Asuntos T-122/13 y T-123/13: Sentencia del Tribunal General de 8 de octubre de 2014 – Laboratoires Polive/OAMI – Arbora & Ausonia (dodie) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa dodie – Marcas nacionales denominativas anteriores DODOT – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8,

- apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.
216. **Asunto T-519/12:** Auto del Tribunal General de 10 de septiembre de 2014 – mobile.international/OAMI – Comisión (PL mobile.eu) («Marca comunitaria – Recurso de nulidad – Retirada del recurso de nulidad – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.
217. **Asunto T-687/14:** Recurso interpuesto el 22 de septiembre de 2014 – Novomatic/OAMI – Simba Toys (African SIMBA), *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.
218. **Asunto T-692/14:** Recurso interpuesto el 22 de septiembre de 2014 – Puma/OAMI – Sinda Poland (Representación de un animal imaginario), *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.
219. **Asunto T-695/14:** Recurso interpuesto el 26 de septiembre de 2014 – Omega/OAMI (Representación de una imagen en blanco y negro), *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.
220. **Asunto C-205/13:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de septiembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Hauck GmbH & Co. KG/Stokke A/S y otros [Marcas – Directiva 89/104/CEE – Artículo 3, apartado 1, letra e) – Denegación o nulidad de registro – Marca tridimensional – Silla para niños ajustable «Tripp Trapp» – Signo constituido exclusivamente por la forma impuesta por la naturaleza del producto – Signo constituido por la forma que da un valor sustancial al producto], *DOUE*, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.
221. Asuntos acumulados C-308/13 P y C-309/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 18 de diciembre de 2014 – Società Italiana Calzature SpA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Vicini SpA [Recursos de casación – Marcas comunitarias – Reglamento (CE) n.º 40/94 – Registro de las marcas figurativas que incluyen los elementos denominativos «GIUSEPPE ZANOTTI DESIGN» y «BY GIUSEPPE ZANOTTI» – Oposición del titular de las marcas denominativa y figurativa, comunitaria y nacional, que incluyen el elemento denominativo «ZANOTTI» – Desestimación de la oposición por la Sala de Recurso], *DOUE*, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.
222. **Asunto T-342/12:** Sentencia del Tribunal General de 8 de octubre de 2014 – Fuchs/OAMI – Les Complices (Estrella dentro de un círculo) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa una estrella dentro de un círculo – Marcas comunitarias y nacional figurativas anteriores que representan una estrella dentro de un círculo – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Carácter distintivo de la marca anterior – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Caducidad de la

marca comunitaria anterior – Mantenimiento del interés en ejercitarse la acción – Inexistencia de sobreseimiento parcial»], *DOUE*, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.

223. Asunto T-444/12: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2014 – Novartis/OAMI – Tenimenti Angelini (LINEX) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa LINEX – Marca nacional denominativa anterior LINES PERLA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 76, apartado 1, *in fine*, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.
224. Asunto T-515/12: Sentencia del Tribunal General de 15 de octubre de 2014 – El Corte Inglés/OAMI – English Cut (The English Cut) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa The English Cut – Marcas nacional denominativa y comunitarias figurativas anteriores El Corte Inglés – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Inexistencia de riesgo de asociación – Vinculación entre los signos – Inexistencia de similitud de los signos – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.
225. Asunto T-262/13: Sentencia del Tribunal General de 15 de octubre de 2014 – Skysoft Computersysteme/OAMI – British Sky Broadcasting Group y Sky IP International (SKYSOFT) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SKYSOFT – Marca comunitaria denominativa anterior SKY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.
226. Asunto T-297/13: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2014 – Junited Autoglas Deutschland/OAMI – Belron Hungary (United Autoglas) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa United Autoglas – Marca nacional gráfica anterior AUTOGLASS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.
227. Asunto T-458/13: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2014 – Larrañaga Otaño/OAMI (GRAPHENE) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa GRAPHENE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.

228. **Asunto T-459/13:** Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2014 – Larrañaga Otaño/OAMI (GRAPHENE) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa GRAPHENE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.
229. **Asunto T-215/12:** Auto del Tribunal General de 2 de octubre de 2014 – MPM-Quality y Eutech/OAMI – Elton Hodiná ská (MANUFACTURE PRIM 1949) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa MANUFACTURE PRIM 1949 – Marcas internacionales y nacionales anteriores PRIM – Mala fe – Artículo 165, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículos 41 y 56 del Reglamento n.º 207/2009 – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009 – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Recurso en parte manifiestamente inadmisible y en parte manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], *DOUE*, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.
230. **Asunto C-521/13 P:** Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 11 de septiembre de 2014 – Think Schuhwerk GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [«Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 7, apartado 1, letra b) – Falta de carácter distintivo – Puntas rojas de cordones de zapatos – Artículo 122 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General – Recurso de casación en parte manifiestamente inadmisible y en parte manifiestamente infundado»], *DOUE*, C, núm. 431, de 1 de diciembre de 2014.
231. **Asunto C-400/14 P:** Recurso de casación interpuesto el 20 de agosto de 2014 por Basic AG Lebensmittelhandel contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 26 de junio de 2014 en el asunto T-372/11, Basic AG Lebensmittelhandel/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *DOUE*, C, núm. 431, de 1 de diciembre de 2014.
232. **Asunto T-453/11:** Sentencia del Tribunal General de 21 de octubre de 2014 – Szajner/OAMI – Forge de Laguiole (LAGUIOLE) [Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa LAGUIOLE – Denominación social francesa anterior Forge de Laguiole – Artículo 53, apartado 1, letra c), y artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 207/2009], *DOUE*, C, núm. 431, de 1 de diciembre de 2014.
233. **Asunto T-230/13:** Auto del Tribunal General de 2 de octubre de 2014 – HTC Sweden/OAMI – Vermop Salmon (TWISTER) («Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Desistimiento de la demanda de nulidad – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 431, de 1 de diciembre de 2014.

234. Asunto T-497/13: Auto del Tribunal General de 16 de septiembre de 2014 – Boston Scientific Neuromodulation/OAMI (PRECISION SPECTRA) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa PRECISION SPECTRA – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Recurso en parte manifiestamente inadmisible y en parte manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], *DOUE*, C, núm. 431, de 1 de diciembre de 2014.
235. Asunto T-543/12: Sentencia del Tribunal General de 24 de octubre de 2014 – Grau Ferrer/OAMI – Rubio Ferrer (Bugui va) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Bugui va – Marca figurativa nacional anterior Bugui y marca figurativa comunitaria anterior BUGUI – Motivo de denegación relativo – Desestimación de la oposición – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Existencia de la marca anterior – No consideración de pruebas presentadas ante la Sala de Recurso en apoyo de la oposición – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 207/2009 – Artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, letra a), del Reglamento n.º 207/2009 – Uso efectivo de la marca anterior – Forma que difiere en elementos que no alteran el carácter distintivo], *DOUE*, C, núm. 439, de 8 de diciembre de 2014.
236. Asunto T-463/12: Sentencia del Tribunal General de 6 de noviembre de 2014 – Popp y Zech/OAMI – Müller-Boré & Partner (MB) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa MB – Marca comunitaria figurativa anterior MB&P – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, y artículo 15, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 448, de 15 de diciembre de 2014.
237. Asunto C-91/14 P: Recurso de casación interpuesto el 21 de febrero de 2014 por Przedsiebiorstwo Handlowe Medox Lepiarz Jarosław Lepiarz Alicja sp. j. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 11 de diciembre de 2013 en el asunto T-591/11, Przedsiebiorstwo Handlowe Medox Lepiarz Jarosław Lepiarz/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Henkel, *DOUE*, C, núm. 462, de 22 de diciembre de 2014.
238. Asunto C-170/14 P: Recurso de casación interpuesto el 7 de abril de 2014 por Big Line Sas di Graziani Lorenzo contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 13 de febrero de 2014 en el asunto T-380/12, Demon International/Oficina de Armonización del Mercado Interior, Big Line Sas di Graziani Lorenzo, *DOUE*, C, núm. 462, de 22 de diciembre de 2014.

239. **Asunto T-524/11:** Sentencia del Tribunal General de 12 de noviembre de 2014 – Volvo Trademark/OAMI – Hebei Aulion Heavy Industries (LOVOL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa LOVOL – Marcas comunitarias denominativa y figurativa y marcas nacionales figurativas anteriores VOLVO – Motivo de denegación relativo – Provecho indebidamente obtenido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 462, de 22 de diciembre de 2014.
240. **Asunto T-525/11:** Sentencia del Tribunal General de 12 de noviembre de 2014 – Volvo Trademark/OAMI – Hebei Aulion Heavy Industries (LOVOL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa LOVOL – Marcas comunitarias denominativa y figurativa y marcas nacionales denominativas anteriores VOLVO – Motivo de denegación relativo – Provecho indebidamente obtenido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 462, de 22 de diciembre de 2014.
241. **Asunto T-504/12:** Sentencia del Tribunal General de 12 de noviembre de 2014 – Murnauer Markenvertrieb/OAMI (NOTFALL CREME) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa NOTFALL CREME – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Igualdad de trato»], *DOUE*, C, núm. 462, de 22 de diciembre de 2014.
242. **Asunto T-567/12:** Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2014 – Kaatsu Japan/OAMI (KAATSU) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa KAATSU – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Derecho de defensa – Artículo 75, segunda frase, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 462, de 22 de diciembre de 2014.
243. **Asunto T-53/13:** Sentencia del Tribunal General de 6 de noviembre de 2014 – Vans/OAMI (Representación de una línea ondulada) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa una línea ondulada – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento n.º 207/2009 – Artículo 76 del Reglamento n.º 207/2009 – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 462, de 22 de diciembre de 2014.
244. **Asunto T-188/13:** Sentencia del Tribunal General de 12 de noviembre de 2014 – Murnauer Markenvertrieb/OAMI – Healing Herbs (NOTFALL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad –

Marca comunitaria denominativa NOTFALL – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 52, apartado 1, letra a), y artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Igualdad de trato», DOUE, C, núm. 462, de 22 de diciembre de 2014.

245. **Asunto T-506/13: Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2014 – Urb Rulmenti Suceava/OAMI – Adiguzel (URB) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa URB – Marca nacional colectiva denominativa anterior URB y marca nacional colectiva figurativa anterior URB – Motivo de denegación absoluto – Falta de mala fe del titular de la marca comunitaria – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Motivo de denegación relativo – Falta de habilitación por el titular de las marcas anteriores – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 207/2009 – Inexistencia de infracción del artículo 72 del Reglamento n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 462, de 22 de diciembre de 2014.**
246. **Asunto T-549/10: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2014 – Natura Selection/OAMI – Afoi Anezoulaki (natur) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria natur – Solicitud de marca figurativa anterior natura – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 7, de 12 de enero de 2015.**
247. **Asunto T-510/12: Sentencia del Tribunal General de 18 de noviembre de 2014 – Conrad Electronic/OAMI – British Sky Broadcasting Group y Sky IP International (EuroSky) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa EuroSky – Marca comunitaria denominativa anterior SKY – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 7, de 12 de enero de 2015.**
248. **Asunto T-50/13: Sentencia del Tribunal General de 18 de noviembre de 2014 – Think Schuhwerk/OAMI – Müller (VOODOO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa VOODOO – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter descriptivo – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 7, de 12 de enero de 2015.**
249. **Asunto T-138/13: Sentencia del Tribunal General de 19 de noviembre de 2014 – Evonik Oil Additives/OAMI – BRB International (VISCOTECH) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa VISCOTECH – Marcas nacionales e internacionales denominativas anteriores VISCOPLEX – Prueba del alcance territorial y de la validez de una marca internacional anterior – Regla 19, apartado 2, y regla 20, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 2868/95 – Motivo de**

- denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»,], *DOUE*, C, núm. 7, de 12 de enero de 2015.
250. Asunto T-308/13: Sentencia del Tribunal General de 18 de noviembre de 2014 – Repsol/OAMI – Adell Argiles (ELECTROLINERA) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ELECTROLINERA – Marca nacional denominativa anterior ELECTROLINERA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009], *DOUE*, C, núm. 7, de 12 de enero de 2015.
251. Asunto T-344/13: Sentencia del Tribunal General de 19 de noviembre de 2014 – Out of the blue/OAMI – Dubois y otro (FUNNY BANDS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa FUNNY BANDS – Denominación comercial anterior FUNNY BANDS – Nombre de dominio de Internet nacional anterior «www.funny-bands.com» – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Utilización de un signo en el tráfico económico de alcance no únicamente local – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento n.º 207/2009 – Desestimación de la oposición»], *DOUE*, C, núm. 7, de 12 de enero de 2015.
252. Asunto T-484/13: Sentencia del Tribunal General de 18 de noviembre de 2014 – Lumene/OAMI (THE YOUTH EXPERTS) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa THE YOUTH EXPERTS – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Amplitud del examen que debe efectuar la Sala de Recurso – Examen sobre el fondo supeditado a la admisibilidad del recurso – Artículo 59, primera frase, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 7, de 12 de enero de 2015.
253. Asunto C-466/13 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 22 de octubre de 2014 – Repsol YPF S.A./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Signo figurativo que representa la letra «R»], *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.
254. Asunto C-669/13 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 21 de octubre de 2014 – Mundipharma GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), AFT Pharmaceuticals Ltd [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) n.º 40/94 – Solicitud de registro de la marca denominativa Maxigesic – Oposición del titular de la marca denominativa anterior OXYGESIC – Denegación de registro], *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.

255. Asuntos acumulados T-303/06 RENV y T-337/06 RENV: Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2014 – UniCredit/OAMI – Union Investment Privatfonds (UNIWEB y UniCredit Wealth Management) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitudes de marcas comunitarias denominativas UNIWEB y UniCredit Wealth Management – Marcas nacionales denominativas anteriores UNIFONDS y UNIRAK y marca nacional figurativa anterior UNIZINS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Serie o familia de marcas – Riesgo de asociación – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009] – Pretensiones de anulación o revocación formuladas por la parte coadyuvante – Artículo 134, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento»], *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.
256. Asunto T-450/09: Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2014 – Simba Toys/OAMI – Seven Towns (Forma de un cubo con caras que poseen una estructura cuadriculada) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria tridimensional – Cubo con caras que poseen una estructura cuadriculada – Motivos de denegación absolutos – Artículo 76, apartado 1, primera frase, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Inexistencia de un signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento n.º 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento n.º 207/2009] – Inexistencia de un signo constituido exclusivamente por la forma impuesta por la naturaleza del propio producto – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso i), del Reglamento n.º 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra e), inciso i), del Reglamento n.º 207/2009] – Inexistencia de un signo constituido exclusivamente por la forma que afecte al valor intrínseco del producto – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso iii), del Reglamento n.º 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra e), inciso iii), del Reglamento n.º 207/2009] – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009] – Inexistencia de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento n.º 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento n.º 207/2009] – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento n.º 40/94 (actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento n.º 207/2009) – Obligación de motivación – Artículo 75, primera frase, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.
257. Asunto T-153/11: Sentencia del Tribunal General de 27 de noviembre de 2014 – Cantina Broglie 1/OAMI – Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Verona (ZENATO RIPASSA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ZENATO RIPASSA – Marca nacional denominativa anterior RIPASSO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado

- 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.
258. **Asunto T-154/11:** Sentencia del Tribunal General de 27 de noviembre de 2014 – Cantina Broglie 1/OAMI – Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Verona (Ripassa ZENATO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Ripassa ZENATO – Marca nacional denominativa anterior RIPASSO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.
259. **Asunto T-173/11:** Sentencia del Tribunal General de 27 de noviembre de 2014 – Hesse y Lutter & Partner/OAMI – Porsche (Carrera) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Carrera – Marcas comunitaria y nacional denominativas anteriores CARRERA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Provecho indebidamente obtenido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento n.º 207/2009 – Sustitución procesal parcial de una de las partes»], *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.
260. **Asunto T-374/12:** Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2014 – Brouwerij Van Honsebrouck/OAMI – Beverage Trademark (KASTEEL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca figurativa KASTEEL – Marca nacional denominativa anterior CASTEL BEER – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009 – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.
261. **Asunto T-375/12:** Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2014 – Brouwerij Van Honsebrouck/OAMI – Beverage Trademark (KASTEEL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca denominativa KASTEEL – Marca nacional denominativa anterior CASTEL BEER – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009 – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.
262. **Asunto T-556/12:** Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2014 – Royalton Overseas/OAMI S.C. Romarose Invest (KAISERHOFF) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa KAISERHOFF

- Marca figurativa nacional anterior KAISERHOFF – Suspensión del procedimiento administrativo – Reglas 20 y 50 del Reglamento (CE) n.º 2868/95 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.
263. Asunto T-240/13: Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2014 – Aldi Einkauf/OAMI – Alifoods (Alifoods) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Alifoods – Marcas internacional y comunitaria denominativas anteriores ALDI – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Regla 19, apartado 2, letra a), inciso ii), del Reglamento (CE) n.º 2868/95], *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.
264. Asunto T-556/13: Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2014 – Verband der Kölnisch-Wasser Hersteller/OAMI (Original Eau de Cologne) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria colectiva denominativa Original Eau de Cologne – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letras b), c) y d), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.
265. Asunto C-310/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de noviembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Novo Nordisk Pharma GmbH/S (Procedimiento prejudicial – Directiva 85/374/CEE – Protección de los consumidores – Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos – Ámbito de aplicación material de la Directiva – Regímenes especiales de responsabilidad existentes en la fecha de notificación de la Directiva – Admisibilidad de un régimen nacional de responsabilidad que permite la obtención de información sobre los efectos secundarios de los productos farmacéuticos), *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.
266. Asuntos acumulados C-581/13 P y C-582/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 20 de noviembre de 2014 – Intra-Presse/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Golden Balls Ltd [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) n.º 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Artículo 8, apartado 5 – Marca denominativa GOLDEN BALLS – Oposición del titular de la marca comunitaria denominativa anterior BALLON D'OR – Público pertinente – Similitud de signos – Riesgo de confusión], *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.
267. Asunto C-491/14: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid (España) el 5 de noviembre de 2014 – Rossa dels Vents Assessoria S.L./U Hostels Albergues Juveniles S.L., *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.

268. **Asunto T-75/13:** Sentencia del Tribunal General de 2 de diciembre de 2014 – Boehringer Ingelheim Pharma/OAMI – Nepentes Pharma (Momarid) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Momarid – Marca comunitaria denominativa anterior LONARID – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Público pertinente – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.
269. **Asunto T-272/13:** Sentencia del Tribunal General de 3 de diciembre de 2014 – Max Mara Fashion Group/OAMI – Mackays Stores (M&Co.) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa M&Co. – Marcas comunitarias y nacional figurativas anteriores MAX&Co. – Marca nacional denominativa anterior MAX&CO. – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.
270. **Asuntos acumulados T-494/13 y T-495/13:** Sentencia del Tribunal General de 4 de diciembre de 2014 – Sales & Solutions/OAMI – Inceda (WATT y WATT) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marcas comunitarias figurativa WATT y denominativa WATT – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.
271. **Asunto T-595/13:** Sentencia del Tribunal General de 4 de diciembre de 2014 – BSH/OAMI – LG Electronics (compressor technology) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa compressor technology – Marcas nacionales denominativas anteriores KOMPRESSOR – Motivo de denegación relativo – Denegación parcial de registro – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.
272. **Asunto T-298/13:** Auto del Tribunal General de 11 de noviembre de 2014 – LemonAid Beverages/OAMI – Pret a Manger (Europe) (Lemonaid) («Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.
273. **Asunto T-125/14:** Auto del Tribunal General de 21 de octubre de 2014 – Gappol Marzena Porcznyska/OAMI – Gap (ITM) (GAPPOL) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Revocación de la decisión impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.
274. **Asunto T-750/14:** Recurso interpuesto el 6 de noviembre de 2014 – Segimerus/OAMI – Ergo Versicherungsgruppe (ELGO), *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.

275. **Asunto T-774/14: Recurso interpuesto el 17 de noviembre de 2014 – Ica Foods/OAMI – San Lucio (GROK), DOUE, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.**
276. **Asunto T-777/14: Recurso interpuesto el 26 de noviembre de 2014 – Fon Wireless/OAMI – Henniger (NEOFON – FON Y OTRAS.), DOUE, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.**
277. **Asunto T-778/14: Recurso interpuesto el 26 de noviembre de 2014 – Ugly/OAMI – Group Lottuss (COYOTE UGLY), DOUE, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.**
278. **Asunto T-781/14: Recurso interpuesto el 20 de noviembre de 2014 – TVR Automotive/OAMI – Cardoni (TVR ENGINEERING), DOUE, C, núm. 26, de 26 de enero de 2015.**
279. **Asunto T-605/11: Sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2014 – Novartis/OAMI – Dr Organic (BIOCERT) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa BIOCERT – Marca nacional denominativa anterior BIOCEF – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.**
280. **Asunto T-278/12: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2014 – Inter-Union Technohandel/OAMI – Gumersport Mediterranea de Distribuciones (PROFLEX) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa PROFLEX – Marca nacional denominativa anterior PROFEX – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.**
281. **Asunto T-12/13: Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2014 – Sherwin-Williams Sweden/OAMI – Akzo Nobel Coatings International (ARTI) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria ARTI – Marca Benelux denominativa anterior ARTITUDE y registro internacional de la marca Benelux anterior ARTITUDE – Denegación de registro – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Productos idénticos y muy similares – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.**
282. **Asunto T-176/13: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2014 – DTL Corporación/OAMI – Vallejo Rosell (Generia) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Generia – Marca comunitaria figurativa anterior Generalia generación renovable – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 63, apartado 2, y artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.**

283. Asunto T-307/13: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2014 – Capella/OAMI – Oribay Mirror Buttons (ORIBAY) [«Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria figurativa ORIBAY ORIginal Buttons for Automotive Yndustry – Admisibilidad de la solicitud de caducidad»], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.
284. Asunto T-498/13: Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2014 – Nanu-Nana Joachim Hoepp/OAMI – Vinci Hoteles (NAMMU) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa NAMMU – Motivo de denegación relativo – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 57, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 y regla 22, apartados 2 a 4, del Reglamento (CE) n.º 2868/95»], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.
285. Asunto T-519/13: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2014 – Leder & Schuh International/OAMI – Epple (VALDA-SAAR) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa VALDASAAR – Marca comunitaria denominativa anterior Val d’Azur – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.
286. Asunto T-618/13: Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2014 – Oracle America/OAMI – Aava Mobile (AAVA CORE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa AAVA CORE – Marcas comunitaria denominativa anterior JAVA y marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París JAVA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Inexistencia de riesgo de asociación – Vínculo entre los signos – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 34, de 2 de febrero de 2015.
287. Asunto T-805/14: Recurso interpuesto el 9 de diciembre de 2014 – Stagecoach Group/OAMI (MEGABUS.COM), *DOUE*, C, núm. 4, de 2 de febrero de 2015.
288. Asunto C-31/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 11 de diciembre de 2014 – Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI)/Kessel medintim GmbH, anteriormente Kessel Marketing & Vertriebs GmbH, Janssen-Cilag GmbH [Recurso de casación – Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de registro de la marca denominativa Premeno – Oposición del titular de la marca nacional denominativa anterior Pramino – Limitación de los productos designados en la solicitud de registro como marca comunitaria – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 43, apartado 1], *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.

289. Asunto C-253/14 P: Recurso de casación interpuesto el 26 de mayo de 2014 por FTI Touristik GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) dictada el 21 de marzo de 2014 en el asunto T-81/13, FTI Touristik GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
290. Asunto T-10/09 RENV: Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2014 – Formula One Licensing/OAMI – ESPN Sports Media (F1-LIVE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa F1-LIVE – Marcas comunitaria figurativa anterior F1 y nacionales e internacional denominativas F1 Formula 1 – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
291. Asunto T-480/12: Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2014 – Coca-Cola/OAMI —Mitico (Master) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Master – Marcas comunitarias figurativas anteriores Coca-Cola y marca nacional figurativa anterior C – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Similitud de los signos – Elementos de prueba relativos al uso comercial de la marca solicitada»], *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
292. Asunto T-105/13: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2014 – Ludwig Schokolade/OAMI – Immergut (TrinkFix) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria TrinkFix – Marcas denominativas anteriores nacional y comunitaria Drinkfit – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
293. Asunto T-173/13: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2014 – Selo Medical/OAMI – biosyn Arzneimittel (SELOGYN) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SELOGYN – Marca nacional denominativa anterior SELESYN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Denegación de registro»], *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
294. Asunto T-405/13: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2014 – Comptoir d’Épicure/OAMI – A-Rosa Akademie (da rosa) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de registro internacional que designa a la Comunidad Europea – Marca figurativa da rosa – Marca comunitaria denominativa

- anterior aROSA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 207/2009 y regla 22 del Reglamento n.º 2868/95»], *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
295. **Asunto T-440/13:** Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2014 – «Millano» Krzysztof Kotas/OAMI – (Forma de un envase de chocolate) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma de un envase de chocolate – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
296. **Asunto T-591/13:** Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2014 – Groupe Canal +/OAMI – Euronews (News +) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa News + – Marca nacional denominativa anterior ACTU + – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
297. **Asunto T-601/13:** Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2014 – Wilo/OAMI (Pioneering for You) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Pioneering for You – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
298. **Asunto T-712/13:** Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2014 – Monster Energy/OAMI (REHABILITATE) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa REHABILITATE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
299. **Asunto T-43/14:** Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2014 – Heidrick & Struggles International/OAMI (THE LEADERSHIP COMPANY) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa THE LEADERSHIP COMPANY – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
300. **Asunto T-344/14:** Sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2014 – Lidl Stiftung/OAMI (Deluxe) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa Deluxe – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
301. **Asunto T-697/13:** Auto del Tribunal General de 21 de noviembre de 2014 – Kinnarps/OAMI (MAKING LIFE BETTER AT WORK)

[«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa MAKING LIFE BETTER AT WORK – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Recurso parcialmente desprovisto de todo fundamento jurídico y parcialmente inadmisible»], *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.

302. Asunto T-313/14: Auto del Tribunal General de 12 de diciembre de 2014 – Christian Dior Couture/OAMI (Representación de una repetición de cuadrados con efecto gofrado) («Marca comunitaria – Denegación parcial de registro – Retirada parcial de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
303. Asunto T-345/14: Auto del Tribunal General de 28 de noviembre de 2014 – Quanzhou Wouxun Electronics/(OAMI) – Locura Digital (WOUXUN) («Recuso de anulación – Plazo para recurrir – Extemporaneidad – Inexistencia de caso fortuito o de fuerza mayor – Inadmisibilidad manifiesta»), *DOUE*, C, núm. 46, de 9 de febrero de 2015.
304. Asunto C-364/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2014 [petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (Chancery Division) – Reino Unido] – International Stem Cell Corporation/Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks [Procedimiento prejudicial – Directiva 98/44/CE – Artículo 6, apartado 2, letra c) – Protección jurídica de las invenciones biotecnológicas – Activación partenogenética de ovocitos – Producción de células madre embrionarias humanas – Patentabilidad – Exclusión de las «utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales» – Conceptos de «embrión humano» y de «organismo apto para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano»], *DOUE*, C, núm. 65, de 23 de febrero de 2015.
305. Asunto C-368/14 P: Recurso de casación interpuesto el 30 de julio de 2014 por Compagnie des bateaux mouches SA contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 21 de mayo de 2014 en el asunto T-553/12, Compagnie des bateaux mouches SA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), *DOUE*, C, núm. 65, de 23 de febrero de 2015.
306. Asunto T-195/13: Sentencia del Tribunal General de 14 de enero de 2015 – dm-drogerie markt/OAMI – V-Contact Kereskedelmi és Szolgáltató (CAMEA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa CAMEA – Marca internacional denominativa anterior BALEA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 65, de 23 de febrero de 2015.

307. **Asunto T-197/13:** Sentencia del Tribunal General de 15 de enero de 2014 – MEM/OAMI (MONACO) [«Marca comunitaria – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca denominativa MONACO – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 151, apartado 1, y artículo 154, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y artículo 7, apartado 2, del Reglamento n.º 207/2009 – Denegación parcial de protección»], *DOUE*, C, núm. 65, de 23 de febrero de 2015.
308. **Asunto T-69/14:** Sentencia del Tribunal General de 14 de enero de 2015 – Melt Water/OAMI (MELT WATER Original) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa MELT WATER Original – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 65, de 23 de febrero de 2015.
309. **Asunto T-70/14:** Sentencia del Tribunal General de 14 de enero de 2015 – Melt Water/OAMI (Forma de una botella cilíndrica transparente) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma de una botella cilíndrica transparente – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 65, de 23 de febrero de 2015.
310. **Asunto C-311/14 P:** Recurso de casación interpuesto el 1 de julio de 2014 por Longevity Health Products, Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 28 de abril de 2014 en el asunto T-473/11, Longevity Health Products, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
311. **Asunto C-548/14 P:** Recurso de casación interpuesto el 28 de noviembre de 2014 por Arnoldo Mondadori Editore SpA contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 26 de septiembre de 2014 en el asunto T-490/12: Arnoldo Mondadori Editores SpA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
312. **Asunto T-46/13:** Sentencia del Tribunal General de 21 de enero de 2015 – Sabores de Navarra/OAMI – Frutas Solano (KIT, EL SABOR DE NAVARRA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa KIT, EL SABOR DE NAVARRA – Marca comunitaria figurativa anterior Sabores de Navarra La Sabiduría del Sabor – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 15 y artículo 57, apartado 2, del Reglamento n.º 207/2009 – Forma que difiere en elementos que alteran el carácter distintivo»], *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.

313. Asunto T-587/13: Sentencia del Tribunal General de 21 de enero de 2015 – Schwerdt/OAMI – Iberamigo (cat & clean) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa cat & clean – Marca española denominativa anterior CLEAN CAT – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Trabas a la libre circulación de mercancías – Artículo 34 TFUE – Artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales»], *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
314. Asunto T-615/13: Sentencia del Tribunal General de 20 de enero de 2015 – Aic/OAMI —ACV Manufacturing (Intercambiadores de calor) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un intercambiador de calor – Motivo de nulidad – Falta de visibilidad de la pieza de un producto complejo – Artículo 4, apartado 2, y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 6/2002»], *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
315. Asunto T-616/13: Sentencia del Tribunal General de 20 de enero de 2015 – Aic/OAMI – ACV Manufacturing (Inserts de intercambiadores de calor) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un insert de intercambiador de calor – Motivo de nulidad – Falta de visibilidad de la pieza de un producto complejo – Artículo 4, apartado 2, y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 6/2002»], *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
316. Asunto T-617/13: Sentencia del Tribunal General de 20 de enero de 2015 – Aic/OAMI – ACV Manufacturing (Inserts de intercambiadores de calor) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un insert de intercambiador de calor – Motivo de nulidad – Falta de visibilidad de la pieza de un producto complejo – Artículo 4, apartado 2, y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 6/2002»], *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
317. Asunto T-685/13: Sentencia del Tribunal General de 21 de enero de 2015 – Copernicus-Trademarks/OAMI – Blue Coat Systems (BLUECO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa BLUECO – Marca comunitaria denominativa anterior BLUE COAT – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Carácter distintivo de la marca anterior – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
318. Asunto T-11/14: Sentencia del Tribunal General de 21 de enero de 2015 – Grundig Multimedia/OAMI (Pianissimo) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Pianissimo – Marca consistente en un eslogan publicitario – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Igualdad de trato»], *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.

319. Asunto T-188/14: Sentencia del Tribunal General de 21 de enero de 2015 – Grundig Multimedia/OAMI (GentleCare) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa GentleCare – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Igualdad de trato»], *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
320. Asunto T-193/12: Sentencia del Tribunal General de 22 de enero de 2015 – MIP Metro/OAMI – Holsten-Brauerei (H) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca figurativa H – Marca nacional figurativa anterior H – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Falta de motivación – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 81, de 9 de marzo de 2015.
321. Asunto T-393/12: Sentencia del Tribunal General de 22 de enero de 2015 – Tsujimoto/OAMI – Kenzo (KENZO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa KENZO – Marca comunitaria denominativa anterior KENZO – Motivo de denegación relativo – Notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009 – Presentación extemporánea de documentos – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 81, de 9 de marzo de 2015.
322. Asunto T-133/13: Sentencia del Tribunal General de 22 de enero de 2015 – Pro-Aqua International/OAMI – Rexair (WET DUST CAN'T FLY) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa WET DUST CAN'T FLY – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 81, de 9 de marzo de 2015.
323. Asunto T-172/13: Sentencia del Tribunal General de 22 de enero de 2015 – Novomatic/OAMI – Simba Toys (AFRICAN SIMBA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa AFRICAN SIMBA – Marca nacional figurativa anterior Simba – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009 – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 81, de 9 de marzo de 2015.
324. Asunto T-322/13: Sentencia del Tribunal General de 22 de enero de 2015 – Tsujimoto/OAMI —Kenzo (KENZO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa KENZO – Marca comunitaria denominativa anterior KENZO – Motivo de denegación relativo – Notoriedad –

Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Presentación extemporánea de documentos – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 81, de 9 de marzo de 2015.

325. Asunto T-166/12: Auto del Tribunal General de 14 de enero de 2015 – Bolívar Cerezo/OAMI – Renovalia Energy (RENOVALIA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa RENOVALIA – Marcas nacionales denominativas anteriores RENOVA ENERGY y RENOVAENERGY – Denegación parcial de registro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Recurso en parte manifiestamente inadmisible y en parte manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], *DOUE*, C, núm. 81, de 9 de marzo de 2015.
326. Asunto T-535/13: Auto del Tribunal General de 13 de enero de 2015 – Vakoma/OAMI – VACOM (VAKOMA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa VAKOMA – Marca comunitaria denominativa anterior VACOM – Escrito de interposición del recurso – Incumplimiento de los requisitos de forma – Inadmisibilidad manifiesta»], *DOUE*, C, núm. 81, de 9 de marzo de 2015.

PROPIEDAD INTELECTUAL

327. Asunto C-117/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 11 de septiembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Technische Universität Darmstadt/Eugen Ulmer KG [Procedimiento prejudicial – Directiva 2001/29/CE – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Excepciones y limitaciones – Artículo 5, apartado 3, letra n) – Uso de obras y prestaciones protegidas a efectos de investigación o de estudio personal – Libro puesto a disposición de personas concretas del público a través de terminales especializados en una biblioteca accesible al público – Concepto de obra que no es objeto de «condiciones de adquisición o de licencia» – Derecho de la biblioteca a digitalizar una obra que figura en su colección para ponerla a disposición de los usuarios a través de terminales especializados – Obra puesta a disposición de los usuarios a través de terminales especializados que permiten imprimirla en papel o almacenarla en una memoria USB], *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.
328. Asunto C-201/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Brussel – Bélgica) – Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW/Helena Vandersteen y otros (Procedimiento prejudicial – Directiva 2001/29/CE – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Derecho de reproducción – Excepciones y limitaciones – Concepto de «parodia» – Concepto

autónomo del Derecho de la Unión), *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015

329. **Asunto C-656/13:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de noviembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Nejvyšší soud České republiky* – República Checa) – L/M [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación judicial en materia civil – Competencia en materia de responsabilidad parental – Reglamento (CE) n.º 2201/2003 – Artículo 12, apartado 3 – Menor cuyos padres no están casados – Prórroga de competencia – Inexistencia de otro asunto conexo aún pendiente – Aceptación de la competencia – Impugnación de la competencia de un tribunal por una parte que ha iniciado otro procedimiento ante el mismo tribunal], *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.
330. **Asunto C-30/14:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 15 de enero de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Hoge Raad der Nederlanden* – Países Bajos) – Ryanair Ltd/PR Aviation BV (Procedimiento prejudicial – Directiva 96/9/CE – Protección jurídica de las bases de datos – Base de datos no protegida por los derechos de autor ni por el derecho *sui generis* – Limitación contractual de los derechos de los usuarios de la base de datos), *DOUE*, C, núm. 73, de 2 de marzo de 2015.
331. **Asunto C-572/14:** Petición de decisión prejudicial planteada por el *Oberster Gerichtshof* (Austria) el 11 de diciembre de 2014 – *Astro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte GmbH/Amazon EU Sàrl y otros*, *DOUE*, C, núm. 81, de 9 de marzo de 2015.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

332. **Asunto T-317/12:** Sentencia del Tribunal General de 18 de septiembre de 2014 – *Holcim* (Romania)/Comisión («Responsabilidad extracontractual – Régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero – Responsabilidad por actuación culposa – Negativa de la Comisión a revelar información y a prohibir cualquier transacción relativa a unos derechos de emisión presuntamente robados – Infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares – Responsabilidad objetiva»), *DOUE*, C, núm. 388, de 3 de noviembre de 2014.
333. **Asunto C-162/13:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de septiembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Vrhovno sodišče Republike Slovenije* – Eslovenia) – *Damijan Vnuk/Zavarovalnica Triglav d.d.* (Procedimiento prejudicial – Seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 72/166/CEE – Artículo 3, apartado 1 – Concepto de «circulación de vehículos» – Accidente causado en el patio de una granja era por un tractor dotado de remolque), *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.

334. **Asunto C-452/13:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 4 de septiembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Salzburg – Austria) – Germanwings GmbH/Ronny Henning [Procedimiento prejudicial – Transporte aéreo – Reglamento (CE) n.º 261/2004 – Artículos 2, 5 y 7 – Derecho a una indemnización en caso de gran retraso de un vuelo – Duración del retraso – Concepto de «hora de llegada»]. *DOUE*, C, núm. 395, de 10 de noviembre de 2014.
335. **Asunto T-333/10:** Auto del Tribunal General de 17 de septiembre de 2014 – ATC y otros/Comisión («Responsabilidad extracontractual – Importación de aves – Acuerdo sobre los importes numéricos de la indemnización del perjuicio – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 409, de 17 de noviembre de 2014.
336. **Asunto T-297/12:** Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2014 – Evropaiki Dynamiki/Comisión («Responsabilidad extracontractual – Contratos públicos de servicios – Comunicación a terceros por la Comisión de información supuestamente perjudicial para la reputación de la demandante – Daño moral – Infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares»), *DOUE*, C, núm. 421, de 24 de noviembre de 2014.
337. **Asunto C-394/14:** Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Rüsselsheim – Alemania) – Sandy Siewert y otros/Condor Flugdienst GmbH (Procedimiento prejudicial – Reglamento de Procedimiento – Artículo 99 – Transporte aéreo – Reglamento (CE) n.º 261/2004 – Gran retraso de los vuelos – Derecho del pasajero a obtener compensación – Condiciones de la exclusión de la obligación de abonar una compensación que recae sobre el transportista aéreo – Concepto de «circunstancias extraordinarias» – Avión dañado por una escalerilla móvil de embarque durante un vuelo anterior), *DOUE*, C, núm. 16, de 19 de enero de 2015.

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**

Libros*

DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo: *Causalidad en la responsabilidad extra-contractual: sobre el arbitrio judicial, la «imputación objetiva» y otros extremos*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, 294 pp.

El libro objeto de esta recensión es la última obra monográfica de uno de los estudiosos del Derecho de daños más destacados de las últimas décadas dentro de la doctrina española. Ricardo de Ángel ha constituido un referente indudable para todos aquellos que nos hemos iniciado en el estudio de la responsabilidad civil en algún momento a lo largo de los últimos veinticinco años, y la lectura de cualquiera de sus obras resulta una cita ineludible para los que todavía seguimos trabajando en la materia. Por otra parte, el libro concreto al que se refieren estas líneas versa sobre un tema respecto del que se ha escrito mucho en la doctrina española en los últimos tiempos. Con la obra a la que se refieren estas líneas, podemos contar hasta tres monografías, junto a un buen número de artículos y exposiciones en tratados y manuales sobre Derecho de daños, y todo en un lapso de no más de cinco años. Para concluir con este breve paisaje introductorio, creo que es todavía necesario resaltar que esta intensa dedicación de la doctrina al problema de la causalidad y sus relaciones con la imputación objetiva sólo se explica por el hecho de que la jurisprudencia del TS (como se pone de manifiesto de forma contundente en la obra) ha acogido en su seno, con notable fervor, la teoría que nos ocupa desde comienzos de este siglo. Es este acogimiento convencido de la jurisprudencia lo que sin duda explica también el que el profesor Ricardo de Ángel haya decidido dedicarle su último trabajo monográfico.

Para realizar una adecuada valoración de la obra, entiendo que lo más correcto es partir de las palabras de su autor al definir el propósito que perseguía con su libro. El profesor De Ángel señala, en concreto, que los objetivos de su libro son, por una parte, «glosar el fino análisis» (*vid. p. 49 o 221*) que el introductor de la doctrina de la imputación objetiva en la doctrina española sobre responsabilidad civil, el profesor Pantaleón, realizará hace casi veinticinco años en varias obras, cuya resonancia no ha hecho más que aumentar a lo largo del tiempo. El segundo objetivo es el de «poner a prueba» esta doctrina, a base de comprobar cómo funciona cuando se aplica a los supuestos generados por la realidad cotidiana de los accidentes (p. 50). El desarrollo de ambos fines expresamente reconocidos por el autor constituye la parte esencial de la monografía. Esta es, sin lugar a dudas, un homenaje al pensamiento de Fernando Pantaleón, cuya exposición de la teoría de la imputación objetiva se asume en su totalidad y de modo incuestionable como punto de partida y como objeto de la reflexión del autor. Es desde esta base teórica, asumida con plena convicción y en bloque por De Ángel, a partir de la que el autor, en

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

la parte –a mi modo de ver– más original e interesante de la monografía (el Capítulo VI), comprueba con multitud de ejemplos de la jurisprudencia española y comparada, qué tipo de argumentos y qué puntos de vista predominan en la aplicación de los distintos criterios de imputación objetiva propuestos por Pantaleón.

Así pues, el lector del libro no debe esperar, pues no era esa la intención del autor, una revisión crítica a los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva, tal y como fue propuesta en 1990 en nuestra doctrina por primera vez. Se trata, sin embargo, de un estudio documentadísimo en el que, con mayor o menor amplitud, en el estilo típico del profesor De Ángel, se da cuenta de todas las obras y de todas las resoluciones jurisprudenciales en las que se ha reflexionado o aplicado la doctrina de la imputación objetiva en los últimos veinticinco años. Todos los autores y ponentes de nuestro TS desfilan por la obra, y se someten al análisis más o menos detenido y profundo de De Ángel. En este sentido, creo que sin lugar a dudas la que comento es la obra mejor documentada tanto a nivel de doctrina como de jurisprudencia española (incluyendo las más, por supuesto) de todas las que se han publicado sobre la materia –y desde luego la más actualizada–.

Para quien no conozca de lecturas anteriores el estilo de Ricardo de Ángel, baste decir que el escritor va llevando al lector de la mano en un viaje que –no lo ocultaré– aunque a veces se hace difícil debido a la profusión de casos y datos concretos, siempre termina llegando al puerto de destino. De Ángel examina las complejas cuestiones que envuelve el problema de la imputación objetiva haciendo numerosos excursos y requiebros discursivos, que nos conducen a través tanto de las obras de la doctrina, como de innumerables supuestos resueltos por tribunales españoles o famosos casos de Derecho comparado –especialmente ingleses–. Por descontado, todo este despliegue de erudición no es simplemente una muestra de la profundidad de los conocimientos del autor, sino un instrumento al servicio de esa «puesta a prueba» de la teoría que se propuso Ricardo de Ángel.

En cuanto al orden de exposición de las cuestiones en el libro, éste sigue, a mi modo de ver, un criterio circular, siendo el primer capítulo y el último los lugares donde el autor expresa la valoración que le suscita –desde los parámetros indicados anteriormente– la doctrina de la imputación objetiva. En estos capítulos me centraré en los párrafos siguientes. Los otros capítulos –los intermedios– tienen un interés diferente. En su conjunto, son un viaje completo a lo largo de la historia, primero de la llamada «causalidad jurídica» y después de la imputación objetiva, en el ámbito del Derecho de daños español, con intensas incursiones en el Derecho comparado. A lo largo de los mismos se expone de manera exquisitamente pormenorizada cómo se solventaba el problema de la causalidad en la responsabilidad civil extracontractual –con referencias a la contractual– antes y después de la recepción de la teoría de la imputación objetiva. Desde los precedentes de la imputación objetiva –la causalidad eficiente y la causalidad adecuada–, su recepción y repercusiones doctrinales, hasta su acogimiento generalizado por la jurisprudencia y su desarrollo por parte del TS, finalizando con una relación de la regulación de la causalidad en los PETL, el DCFR y varios códigos legislativos recientes de Derecho comparado, el autor no se deja una sola sentencia u obra doctrinal sin glosar o analizar. Indudablemente, habida cuenta de sus características, la lectura de estos capítulos será útil no sólo al estudioso del Derecho de daños desde el punto de vista científico, sino también para un

práctico del Derecho que busque información ordenada y minuciosa sobre la jurisprudencia en materia de imputación objetiva.

Pero, como ya he adelantado, desde la perspectiva del debate científico, las dos partes más interesantes del libro son el primer y el último capítulo. En el primer capítulo, sobre «el proceso de formación del juicio de responsabilidad», el autor expresa su idea de que la posición de la imputación objetiva y la de los demás elementos –la acción humana, la causalidad física, el daño, la culpa– que forman parte de lo que el autor llama el «juicio de responsabilidad» (que podría definirse como el conjunto de requisitos cuya concurrencia debe afirmarse sucesivamente para que haya lugar a responsabilidad civil), no puede ser fijada dogmáticamente de modo apriorístico. Centrándose básicamente en las relaciones entre causalidad e imputación objetiva, el autor intenta demostrar, a golpe de supuesto extraído de la jurisprudencia, que: «*la secuencia intelectual no tiene por qué ser la misma cuando se discurre sobre el fenómeno de la responsabilidad civil en abstracto... que cuando hablamos de un caso concreto*» (p. 67).

A lo largo de este extenso primer capítulo, De Ángel demuestra que el juicio de responsabilidad que se hace en la práctica judicial no sigue habitualmente la secuencia dogmática con la que se exponen los presupuestos de la responsabilidad civil (conducta, daño, causalidad entre ambas, imputación objetiva, culpa). A veces, el tribunal entrará directamente a enjuiciar la presencia de culpa, y otras la posible autoría del daño, mientras que en otras ocasiones será el problema causal el primero que se analice, todo ello en función de las circunstancias y de cómo se plantee el caso ante el órgano jurisdiccional. Sin embargo, lo que más destaca el autor es que las sentencias del TS normalmente resuelven problemas de causalidad y de culpa en un mismo razonamiento y de modo conjunto: «*los criterios que la imputación objetiva propone entrañan casi siempre (si no siempre) la toma en consideración de la culpa eventualmente concurrente en el demandado o incluso en terceros contra los cuales no se ha formulado la pretensión*» (p. 124). Para De Ángel, teniendo en cuenta esta realidad, el orden lógico del juicio de responsabilidad debe comenzar por el análisis de la negligencia, excluyendo por irrelevantes todos los hechos «*notoria o patentemente ajenos a la culpa del demandado*», para posteriormente resolver el problema de la causalidad, comprobando si debe imputarse responsabilidad al demandado y, en su caso, hasta dónde debe indemnizar.

En cuanto al capítulo final del libro, en el que se examina hasta qué punto es la imputación objetiva una solución nueva a los problemas de causalidad, el profesor de Ángel pone de manifiesto, por una parte, el nivel de «*subjetividad en la apreciación*» –en el sentido de discrecionalidad judicial– (v.gr. pp. 226-227, 231.c, 235.d, 247), que supone la aplicación a los casos concretos de los distintos criterios de imputación objetiva. Se demuestra, así, que los criterios de imputación objetiva, lejos de ser recetas mágicas que permiten solventar de modo evidente los asuntos, funcionan como pautas tópicas («*pautas de enjuiciamiento*») las denomina el autor en la última página de la monografía) que proporcionan criterios para discernir las causas jurídicamente relevantes de un daño de aquellas que no lo son. Por otra parte, en este capítulo final, De Ángel vuelve a poner reiteradamente de manifiesto la continua confusión que se produce al resolver los casos concretos entre las cuestiones de imputación objetiva y la apreciación de la culpa. El autor habla del difícil problema de distinguir entre «*cuestiones de culpabilidad y cuestiones de causalidad*» (p. 250) y, durante el capítulo, se hace patente cómo la culpa

o el dolo de los intervenientes aparecen jugando un papel decisivo para determinar si el daño es objetivamente imputable o no, en todos y cada uno de los criterios de imputación objetiva.

Como valoración final, y personal, de la obra, considero que ésta posee indudables virtudes. Ya he hablado de la erudición del autor y del agotamiento de los materiales de estudio jurisprudenciales. Igualmente estimo que las conclusiones a las que llega son también certeras. Efectivamente, la aplicación de la doctrina de la imputación objetiva –mediante el uso de los concretos criterios de imputación– determina siempre un cierto margen de discrecionalidad judicial. No puede olvidarse en este sentido que Roxin (el padre de esta teoría en el Derecho penal, desde el que se ha importado al Derecho de daños) describía la imputación objetiva como la creación, por parte de un sujeto, de un riesgo no permitido que se concreta en un daño (el imputable); y que los particulares criterios de imputación objetiva no son más que criterios tópicos para auxiliar al operador jurídico en la aplicación de esa idea básica. El hecho de que la imputación objetiva haya necesitado de criterios tópicos auxiliares para facilitar su aplicación habla bien a las claras de la dificultad que entraña la determinación de lo que es un riesgo no permitido, o de si, en el caso concreto, el daño cuyo resarcimiento se reclama puede considerarse la concreción del mismo. Concurro también con el profesor De Ángel en que, pese a todo, son criterios útiles. Entiendo que el éxito que han tenido, primero en el Derecho penal, y actualmente en la responsabilidad extracontractual es síntoma evidente de su valor técnico.

En segundo término, no puedo menos que estar de acuerdo con el autor en que parece imposible separar a la imputación objetiva de la culpa. Las cuestiones de culpabilidad y las de imputación objetiva aparecen siempre entremezcladas, y no se acierta cómo discernir lo que pertenece al ámbito de una de lo que es propio de la otra. De hecho, esta misma sensación que atraviesa todo el libro es la misma que yo tuve al trabajar sobre la imputación objetiva en 2011. En efecto, al analizar las sentencias de la Sala 1.^a, también se me hizo evidente que, más allá del mundo de las formulaciones de nuestra doctrina, no se sosténía ni la afirmación dogmática de que la imputación objetiva y la culpa eran cosas distintas, ni tampoco, como consecuencia de ello, la secuencia según la cual debía enjuiciarse primero la existencia de imputación objetiva y después la de la culpa, dentro de lo que De Ángel llama el «juicio de responsabilidad».

Las conclusiones a las que llegué, sin embargo, fueron distintas de las que se exponen en el libro. El profesor De Ángel parece ver en este problema una cuestión semántica o de planteamiento discursivo (como vimos en el Capítulo I el autor explica la labilidad que tiene la posición de los elementos en el juicio de responsabilidad cuando se resuelven los casos concretos). Desde mi punto de vista, sin embargo, la distinción entre culpa e imputación objetiva no se sostiene porque ambas son la misma cosa; o mejor dicho, están construidas exactamente a partir de los mismos materiales. La teoría de la imputación objetiva –igual que antes la de la «causalidad adecuada»– fue construida en el Derecho penal con los materiales constitutivos de la culpa clásica (la previsibilidad y la evitabilidad del daño para el buen padre de familia), y así se reconoce expresamente por los penalistas que la formularon y desarrollaron. En el fondo, la imputación objetiva consiste en aplicar a los delitos de resultado doloso (los más trascendentales en el Derecho penal) los criterios de relación entre la acción y el daño propios de los delitos imprudentes. Es precisamente por esta íntima relación conceptual por lo que culpa

e imputación objetiva siempre se aprecian al mismo tiempo, y resulta inescindible una de la otra (en realidad, la imputación objetiva agota prácticamente el juicio subjetivo sobre la culpa o negligencia, como expresaron también García-Ripoll Montijano y Salvador Coderch en nuestra doctrina civil). Y es también por esta razón por la que no debe emplearse la teoría de la imputación objetiva en un régimen de responsabilidad civil que se afirme objetivo o de responsabilidad sin culpa (a no ser que se quiera reintroducir la negligencia como requisito del mismo por la «puerta de atrás» de la imputación objetiva).

En definitiva, la monografía objeto de esta recensión pone de manifiesto que el problema de la relación de causalidad sigue siendo, en el momento presente, una fuente continua de problemas jurídicos y debates doctrinales. No hay más que recordar, además de las planteadas en este libro, los problemas candentes de la relevancia de la causalidad meramente probable –más allá del subterfugio semántico de las «pérdidas de oportunidades»–, o el eternamente pospuesto –o tratado simplemente de pasada– problema del nexo causal en las omisiones. En este sentido, el hecho de que un autor de la valía del profesor De Ángel les dedique su atención y trabajo es siempre una buena noticia.

Fernando PEÑA LÓPEZ

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

DE PABLO CONTRERAS, Pedro: *Los matrimonios mixtos en el Derecho español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 223 pp.

1. Estamos ante un libro de título engañoso, pero engañoso no por defecto, sino por exceso, porque da mucho más de lo que su título promete. El autor es, sin duda, uno de los mayores expertos en Derecho matrimonial de nuestro país, desde que se inició en la investigación jurídica con un libro (su tesis doctoral) sobre *Constitución democrática y pluralismo matrimonial* (Pamplona, Eunsa, 1985). Durante estos treinta años, no ha dejado de prestar atención a la regulación legal del matrimonio, y a las repercusiones que las diferentes reformas han tenido en la (des)configuración de la institución matrimonial en nuestro ordenamiento: un buen ejemplo de esa dedicación, y de sus frutos, la constituye su excelente aportación al *Tratado de Derecho de la familia* dirigido por los profesores Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas (vol. I, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 427-535). Pero decía que el título es engañoso, porque el lector probablemente esperará encontrar un estudio relativo a los matrimonios de mixta nacionalidad (y, en su caso, vecindad), con alguna alusión al problema de mixta religión –en su sentido más amplio– para el matrimonio canónico. Y todo eso está (véanse las páginas 81 a 144 del libro), pero hay muchas más cosas, y sobre todo una perspectiva de mucho mayor alcance: de lo que trata el libro, en realidad, es de la evolución del concepto de matrimonio, y de su tratamiento legal, al hilo de las reglas sobre quiénes podían contraerlo válidamente, y de las limitaciones personales al *ius connubii*.

El profesor De Pablo, en la «Nota Introductoria», centra el objeto de su trabajo en «la restricción a este derecho [se refiere al derecho a contraer matrimonio] que, durante siglos, ha impedido casarse a ciertos hombres con

ciertas mujeres –y viceversa– atendiendo a diversas razones, todas ellas vinculadas al concepto de familia asumido por las distintas convicciones sociales y culturas que ha existido y existen hoy». Es decir, las limitaciones que impiden que «uno de los nuestros» (siempre uno) se case con «una de los otros» (siempre una) –o viceversa–, viniendo determinados «los otros» por razones de estructura social (esclavos, siervos, patricios, plebeyos...), de religión, de raza o de nacionalidad, básicamente. Esta es, a mi modo de ver, la clave que explica el libro: se trata de examinar el sentido y la evolución de las restricciones legales al *ius connubii*, ligadas al hecho de que cualquiera de los cónyuges (marido o mujer) no es «uno de los nuestros». Esto permite situar la cuestión en sus justos términos, y darle la importancia que tiene (no es solo una cuestión técnica, sino principalmente es una cuestión de derechos fundamentales y de la capacidad que tiene el poder público de limitar su ejercicio). Pero también tiene que ver con qué es el matrimonio, porque el derecho a casarse es el derecho a contraer matrimonio, y su contenido está directísimamente ligado al propio concepto de matrimonio; del mismo modo que el consentimiento necesario para casarse debe ser «matrimonial», y por eso está ligado, también directamente, al concepto de matrimonio. Y de eso trata el libro que ahora recensiono.

2. El capítulo I es de corte básicamente histórico. En él se hace un denso y compendiado repaso de la evolución del matrimonio desde el Derecho romano. Como ya he señalado, aunque el *leitmotiv* (casi, la excusa) de la obra son los matrimonios mixtos, el lector encontrará aquí muchas de las claves de dicha evolución, y de los hitos que la han marcado, como son por un lado el principio consensual –de que trae causa, por ejemplo, el art. 45 Cc, cuando dice que «*no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*»–, y por otro los fenómenos paralelos (pero, por eso mismo, no convergentes) de la secularización y la formalización del matrimonio. El capítulo finaliza con un epígrafe dedicado a la introducción del matrimonio civil en España, y a la configuración inicial del sistema matrimonial español.

Me interesa resaltar ahora que el autor no pretende ofrecer aquí una historia completa del matrimonio legal, sino llamar la atención del lector sobre cómo han ido surgiendo, a lo largo del tiempo, ideas y planteamientos que son los que explican las diferentes formas en las que el Derecho positivo se ha enfrentado al matrimonio en nuestra cultura jurídica, y que explican también de donde viene la regulación actual.

3. El capítulo II tiene por objeto (y su título me parece ya suficientemente ilustrativo) «el reconocimiento universal del *ius connubii* y su restricción en los matrimonios mixtos». El punto de partida es el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, conforme al cual, como es sabido, «*los hombres y las mujeres, a partir de la edad nubil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia*». La lectura del precepto permite, por así decir, releer cuanto se ha leído en el capítulo anterior, pero ahora reparando en dos cosas: i) la primera, que estamos hablando del ejercicio de un derecho humano; ii) la segunda, que todas esas limitaciones de las que ha tratado el capítulo precedente, a la luz de este texto pueden entrañar una restricción injustificada a ese derecho humano. A partir de ahí, el autor hace una breve y aguda valoración de los modelos occidental y oriental –terminología que toma de la profesora Mary Ann Glendon: p. 66–, y de cómo en ambos modelos hay restricciones injustificadas a ese derecho, más vinculadas a la raza en el modelo occidental, y a la religión en el modelo oriental.

Puesto así, si se me permite la expresión, el toro en suerte, el profesor De Pablo entra en el análisis de los matrimonios mixtos por razón de religión en el Derecho español, y retoma la cuestión donde la había dejado en el capítulo I: es decir, examinando la evolución de las restricciones al *ius connubii* derivadas de ser los contrayentes de distinta religión (uno de ellos católico, y el otro no), pero siempre a partir de la consideración de que no se trataba de un impedimento formulado como tal por el Código civil, sino derivado de las reglas que impedían contraer matrimonio civil a quienes profesaran la religión católica; de esta manera «el matrimonio en forma civil solo era accesible a quienes no profesasen la religión católica»: esta regla suponía, al decir del profesor De Pablo, «una restricción al *ius connubii...* que afectaba a la posibilidad de celebrar en forma civil, con la consiguiente remisión a su disciplina sustantiva y jurisdiccional en lugar de a la canónica, ciertos matrimonios mixtos por razón de religión» (p. 72). El análisis llega en este capítulo hasta la Constitución de 1978, y examina, como queda dicho, la evolución de esa regla desde la promulgación del Código civil hasta la Constitución: se trata de una evolución bien conocida, pero que adquiere tonalidades nuevas a la luz del *ius connubii*, según la propuesta del profesor De Pablo.

4. El capítulo III responde al título «La superación de las restricciones a los matrimonios mixtos en el Derecho español», y en él, se examinan en primer lugar las bases del nuevo sistema matrimonial español, fijadas por la Constitución, los Acuerdos con la Santa Sede, y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (Convenio de Roma).

En este punto, y en el marco del análisis del reconocimiento del *ius connubii* en el Convenio Roma, y más en concreto de la relevancia de la admisión del divorcio en los sistemas matrimoniales (p. 84 ss.), tras recordar que el divorcio no forma parte del *ius connubii*, entiende el autor que «no parece que sea conforme con el art. 12 del Convenio un sistema facultativo o de libre elección entre el matrimonio canónico y el civil en el que sólo se admite el divorcio de haberse contraído este último (...). Este criterio, en efecto, impide a quienes libremente lo hayan contraído en forma canónica someter luego su disolución, de haber cambiado sus convicciones, a otra disciplina matrimonial sustantiva –la civil o común– que acoge otro modelo del matrimonio como estado». Esta es, probablemente, mi única discrepancia con el contenido del libro recensionado: en mi opinión, un sistema como el descrito lo que hace es establecer es dos tipos de matrimonio civil (disoluble e indisoluble), accediéndose al segundo a través del matrimonio canónico, de manera que lo manifestado por los contrayentes al casarse canónicamente con esa eficacia, es –en la perspectiva civil– su voluntad de optar libremente por un modelo de matrimonio indisoluble, aceptado como tal por el Derecho civil; si se admite como posible dicho sistema (y no veo razones en contra), la consecuencia es que un eventual cambio de convicciones acerca del matrimonio no debería suponer el reconocimiento de la facultad de divorciarse, porque ello desnaturalizaría el propio sistema: todo matrimonio sería soluble, aún los contraídos según el modelo (en la hipótesis, legalmente admitido) indisoluble, puesto que sería suficiente alegar cambio de convicciones para poder divorciarse. El problema del sistema descrito por el autor sería, en realidad, la vinculación entre matrimonio canónico e indisolubilidad, de forma que únicamente se pueda acceder a esta a través de aquel, lo que sería contrario a la libertad religiosa: desde este punto de vista, al menos teóricamente, cualquier ciudadano debería tener acceso a ese matrimonio civil indisoluble sin necesidad de

recurrir a la forma canónica. En cambio, no presentaría problemas, en esa hipótesis, la vinculación entre matrimonio canónico e indisolubilidad civil, es decir, que la opción libre por el matrimonio canónico suponga, automáticamente, opción por el matrimonio civil indisoluble (entre otras razones, porque desde el punto de vista canónico, un matrimonio –canónico– que los contrayentes quisieran expresamente someter al modelo civil soluble, sería probablemente nulo por exclusión de la indisolubilidad). Como digo, esta es mi único desacuerdo con el autor, lo que significa más probablemente que soy yo quien está equivocado...

En este mismo capítulo analiza el profesor De Pablo los matrimonios mixtos (entendiendo por tales tanto los contraídos entre español y extranjero, como los de mixta religión, al hilo en este último caso del control eclesiástico y civil del matrimonio canónico), siguiendo la secuencia cronológica momento constitutivo (pp. 99 ss.), efectos (pp. 117 ss.) y momento extintivo (pp. 135 ss.).

5. El último capítulo se refiere a «Las nuevas restricciones de los matrimonios mixtos por razón de nacionalidad». Aborda aquí el prof. De Pablo tres cuestiones que, nuevamente, van mucho más allá de lo que el título promete:

i) En primer lugar, se estudia la desvinculación entre matrimonio y familia, donde se afrontan cuestiones como el reconocimiento de efectos legales a las uniones no matrimoniales, con independencia del sexo de sus integrantes, el tratamiento de matrimonio y familia en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea o la apertura de la forma matrimonial civil a las parejas del mismo sexo. La propia sistemática interna de este epígrafe muestra el *crescendo* con que se ha producido esa desvinculación, primero en Europa, y después (y aquí el análisis se hace más detallado), en España.

Cierra esta primer epígrafe un apartado destinado a considerar la tendencia a la privatización del matrimonio civil, que es una de las conclusiones de fondo que recorren todo el libro: aquí reviste especial interés la consideración tanto de la todavía no vigente Ley de Registro civil de 2011, como del anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, que suponen nuevos pasos en esa dirección. Desde el punto de vista práctico, vale la pena resaltar la referencia a la separación y el divorcio en los matrimonios de mixta nacionalidad, al hilo de la aplicación del Reglamento Roma III.

ii) En segundo lugar, el autor dedica su atención a los matrimonios mixtos entre personas del mismo sexo (donde matrimonios mixtos son, evidentemente, los de mixta nacionalidad). Aquí contempla, en primer lugar, la incidencia de la nacionalidad de los contrayentes en el momento constitutivo del matrimonio, y a continuación los efectos de estos matrimonios, tanto en la esfera patrimonial como, sobre todo, en la personal, donde aborda las cuestiones de filiación, ya sea adoptiva ya derivada de técnicas de reproducción asistida: creo que no es preciso justificar especialmente que el autor no aborde la filiación por naturaleza, tratándose de matrimonios entre personas del mismo sexo...

iii) Para cerrar el libro, el profesor De Pablo afronta el problema de los matrimonios mixtos de complacencia, bajo la perspectiva (que es en sí misma un acierto) de las restricciones al *ius connubii* por razones de nacionalidad. Tras exponer brevemente el estado de la cuestión a nivel europeo, se centra en el Derecho español, en el que lo llamativo es que dichas restricciones derivan no de la ley, sino de una Instrucción de la DGRN (31 de enero de 2006), Instrucción que prescinde, como subraya el prof. De Pablo, de las reformas

operadas en 2005, al apoyarse sobre la voluntad de formar una familia (olvidando que dichas reformas desvinculan matrimonio y familia) y sobre el consentimiento matrimonial (olvidando que el consentimiento ha sido sustituido por la forma como elemento caracterizador del matrimonio: p. 151 y, extensamente, pp. 199 ss.). Pero además, como agudamente señala el autor, es que «no hay duda de que, en el Derecho español, el matrimonio civil es válido aunque los contrayentes excluyan y no asuman los deberes de convivencia, fidelidad y ayuda mutua y, por ende, no contemplen el matrimonio al que consienten como una comunidad de vida en el sentido tradicional, porque, según se ha visto, la actual regulación no ofrece miembros suficientes para poder considerar todo ello como constitutivo de la matrimonialidad del consentimiento» (p. 206). Pero hay más, el problema es que lo que no cabe en ningún caso –aunque así lo afirme la Instrucción– es que «tal causa de nulidad del matrimonio la aprecie el Encargado del Registro civil, ni en el expediente civil previo a su celebración (art. 56 CC) ni en el que precede en su caso a su inscripción (arts. 63 y 65 CC). En realidad lo único que aquél puede y debe hacer, de entender que el matrimonio ha sido simulado, es comunicárselo al Ministerio Fiscal, que –como resulta de lo dispuesto en el art. 74 CC– está entonces legitimado para el ejercicio de la acción de nulidad que es en todo caso constitutiva» (p. 207). Ahí es donde reside esa nueva restricción administrativa al *ius connubii* revelada por el profesor De Pablo, hasta el punto de que al autor identifica ahí una verdadera modificación administrativa del sistema matrimonial español.

Por lo demás, el lector no debe perderse el epílogo sobre matrimonios mixtos y libertad de testar, para cuya lectura en realidad no hace falta esperar hasta llegar al fin del libro.

6. No me resisto a ofrecer unas últimas consideraciones, sobre todo porque la relectura de lo hasta ahora escrito deja en mi un poso de insatisfacción. Para eso, debo volver al comienzo de esta recensión: el libro es mucho más que un estudio sobre los matrimonios mixtos; es un estudio sobre la regulación legal del matrimonio, y las claves de su evolución, a propósito de los matrimonios mixtos. Pero además (y creo que ahí está la causa de mi insatisfacción, al menos parcialmente), es un libro enormemente denso para quien sabe leerlo. Tiene, al menos, dos lecturas: una, en un primer nivel, que permite al lector incorporar datos, claves, reflexiones y conocimientos; y otra, en un segundo nivel, más reflexivo, que exige al lector entrar en diálogo con la avalancha de ideas que salen a su paso en cada capítulo, cada una de las cuales es pieza necesaria sobre la que se asientan ulteriores argumentos y conclusiones: este segundo nivel exige reposo en la lectura, y más de una vez pararse a pensar detenidamente sobre lo leído.

No se si la imagen puede ser útil, pero ocurre con este libro como con las sub-creaciones (tomo el concepto de Tolkien) que realmente lo son: cuando se lee –por seguir con el mismo autor– *El señor de los anillos*, el lector siente curiosidad por conocer todos esos datos sobre personas, hechos, reinos y edades que constituyen la historia completa de ese universo secundario; en algunos casos (como el de la obra citada), ese universo secundario ha sido también objeto de la sub-creación, mientras que en otros (que propiamente no llegan a ser sub-creaciones), ese universo secundario no es más que un recurso retórico para dar aparente profundidad histórica a la narración. Pasando ahora al campo del Derecho, y del matrimonio, este libro es de los primeros: cada idea, cada conclusión, cada propuesta, tiene detrás una genealogía que explica su sentido y su contenido, pero esa genealogía no se explicita necesaria-

riamente (ya lo ha hecho el autor en otras obras); a su vez, una vez sentadas o establecidas, constituyen la genealogía de nuevas ideas y reflexiones que van surgiendo. Al final, como ocurre con otras obras del profesor De Pablo, todas las piezas encajan, y el lector ha aprendido mucho sobre los matrimonios mixtos... y muchísimo sobre el matrimonio. En este sentido, a veces he pensado en la utilidad de disponer de un programa similar a los de descompresión de archivos, pero en relación con las ideas: su aplicación a este libro generaría otro de una extensión muy superior, si no varios más.

De muestra, unos botones, concentrados en apenas tres páginas del libro: 1) El breve análisis relativo al mantenimiento (solo para los matrimonios entre personas de distinto sexo) de la presunción de paternidad del marido, y su relación con el derecho a fundar una familia: en consecuencia, destaca el profesor De Pablo (p. 162 s.), tratándose de matrimonios entre personas del mismo sexo, el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia se disocian, mientras que la subsistencia de la presunción de paternidad del marido atestigua que tratándose de matrimonios entre personas de distinto sexo, esos dos derechos permanecen unidos (como lo están en el art. 12 del Convenio de Roma, o en el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). 2) La relación que el autor establece entre el nuevo régimen de divorcio y el matrimonio entre personas del mismo sexo, que es la única base sobre la que asentar la constitucionalidad de la Ley 13/2005, «pues solo esto –en cuanto facilita en grado sumo a los cónyuges que desaparezca el impedimento de vínculo (art. 46.2.º CC)–, permite entender no vulnerado el *ius connubii*» (pp. 164 s.). 3) Por fin, y en este mismo ámbito, la afirmación de que «la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio –que, como se ve, entró en vigor una semana más tarde que la Ley 13/2005–, al eliminar del régimen de ambas figuras cualquier consideración causal y al establecer la procedencia del divorcio por decisión unilateral de uno cualquiera de los cónyuges, aun con la expresa oposición del otro (divorcio-repudio), desdibujó la consideración legal del matrimonio como comunidad de vida, tanto como objeto del consentimiento matrimonial cuanto del estado subsiguiente. Más allá de su significado simbólico y sociológico, el matrimonio es disciplinado por el Derecho como un acto consensual básicamente formal que da acceso a una situación cuyo único efecto jurídico relevante en la relación interpersonal entre los cónyuges es la facultad incondicionada de cada uno de ellos de ponerle fin». Como puede apreciar el lector por estas muestras, se trata de un análisis en el que las ideas se suceden, condensadamente, una detrás de otra, sin dar respiro, por así decir, al lector. Cada una de ellas es rica en consecuencias teóricas y prácticas, y sobre ellas crecen nuevas conclusiones y reflexiones, a veces bastantes páginas más adelante. Muchas de ellas podrían, descomprimidas, dar origen a estudios monográficos.

Estamos ante un libro, pues, de lectura fácil para el primer nivel (ayuda la eficaz elegancia del lenguaje del profesor De Pablo), pero exigente para el segundo: eso sí, en ninguno de esos dos niveles defraudará al lector.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Dykinson, Madrid, 2014, 219 pp.

«La deuda histórica del arbitraje moderno» es el título de un libro que recoge el discurso leído en el acto de recepción como Académico de número por Antonio Fernández de Buján, el 20 de enero de 2014, así como la contestación al mismo realizada por Luis Díez-Picazo, presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en una cuidada edición de la editorial Dykinson. El libro contribuirá de manera eficaz a divulgar el resultado de esta investigación, e interesará a especialistas de diversos campos del Derecho; no solo a estudiosos del mundo antiguo, sino también a civilistas, procesalistas y juristas en general, que sabrán extraer de las experiencias del Derecho romano un caudal de razonamiento en relación con la resolución de conflictos al margen de los cauces procesales.

El libro está construido sobre cuatro capítulos que sustentan el título de la disertación. El primero: De la mediación al arbitraje compromisorio o decisorio. El segundo: De la *fides* en los pactos a la *bona fides* y la *aequitas* en los arbitrajes y negocios *iuris gentium*. El tercero: De los arbitrajes de naturaleza pública. El cuarto: Bases romanísticas del arbitraje actual: Análisis de las concordancias entre el Derecho justiniano y la legislación vigente en materia de arbitrajes

Aunque cada uno de estos capítulos puede leerse de manera independiente, juntos forman un todo que hacen de esta obra una monografía rigurosa sobre diversos temas estrechamente relacionados, de gran actualidad, que seguramente constituye un referente en la materia. El primero está dedicado a la terminología y tipos de arbitraje, lo que sirve a modo de introducción e incursión en el mundo antiguo. La abundante bibliografía en sus notas refiere un estudio exhaustivo sobre el que se da cuenta en el texto principal. Desde el arbitraje en Atenas, donde al parecer ya se encuentran datos en época homérica, pasando por los arcontes y Solón, el arbitraje público, el Tribunal de los cuarenta jueces, al procedimiento arbitral y el procedimiento de apelación, al arbitraje voluntario en el que el árbitro es elegido por las partes y el laudo dictado no es susceptible de apelación, a los arbitrajes de derecho privado en donde examina la función mediadora de la institución primitiva, el arbitraje de una persona justa, o *arbitrium boni viri*, el arbitraje no formal o arbitraje de *ius gentium*, y el arbitraje compromisorio.

El denominado arbitraje compromisorio según el pasaje de Celso (D. 4. 8. 3. 1) consiste en un acuerdo entre dos o más personas (entre las que existe una controversia) conforme al cual, los intervenientes deciden presentarse ante uno o varios árbitros elegidos por las partes o designados por el pretor, así como la colaboración en la instrucción del arbitraje y el cumplimiento de lo decidido por el árbitro. Sobre este tema, se ha expresado el autor en distintas ocasiones, tanto en su *Derecho Público romano* (16.^a ed., Cívitas Thomson Reuters, 2014, pp. 297-303), como en su *Derecho Privado romano* de más reciente edición (7.^a ed., Iustel, 2014, pp. 151-168), manuales de obligada referencia (donde les dedica un espacio relevante), en la monografía, *Hacia un Derecho administrativo y fiscal romano* II (Dykinson, 2013, pp. 17-37), y en otras publicaciones.

Formalizado el compromiso las partes acuerdan la elección de uno o varios árbitros a quienes se encarga el conocimiento y la decisión de la controversia, que deben aceptar el encargo, *acceptum*. Probablemente fueran los comerciantes y emprendedores de la época los que utilizaran el procedimien-

to del arbitraje, como más sencillo que el proceso oficial, para resolver sus controversias, e influyeran en el reconocimiento oficial de la fórmula arbitral recogida en el edicto *de receptis*, sancionado por el pretor en el siglo II de nuestra era: *Qui arbitrium pecunia compromissa receperit eum sententiam dicere cogam* (O. Lenel, *El Edicto Perpetuo*, versión francesa, 1901, t. I tit. XI, pp. 146-147).

En época clásica no produciría efecto de cosa juzgada mientras que en época justinianea la exigibilidad de la ejecución del laudo arbitral pudo hacerse a través de una *actio in factum* como prevé C. 2. 55. 5. pr.

Cabría destacar la originalidad del segundo capítulo por las consideraciones que el autor hace sobre el *pactum* en las XII Tablas, los pactos en el *ius gentium*, la sanción de los *pacta conventa* en el edicto del pretor; el paso de la *fides* primitiva como fundamento de los pactos, a la *bona fides* como regla de conducta y medida de responsabilidad en los negocios del *ius gentium*. Muy interesante su «casi ensayo» y abstracción sobre *bona fides* y *aequitas* como elementos de interpretación y aplicación de los *pacta conventa* reconocidos y protegidos por el derecho pretorio, así como el papel de la *bona fides* y la *aequitas* en el arbitraje de *ius gentium*, arbitraje compromisario, en los *pacti conventi* y en los *iudicia bonae fidei*.

El capítulo tercero dedicado a los arbitrajes de naturaleza pública, parte de la premisa de que sería el arbitraje privado de índole comercial el antecedente y referencia de los posteriores tipos de arbitraje de impronta pública existentes en el mundo romano, como el internacional, el federal, el administrativo y el legal (este último como fórmula de naturaleza mixta de resolución de conflictos cuya referencia ya se encontraba en las XII Tablas). Pero mientras en el arbitraje privado serían los particulares intervenientes quienes acuerdan, *compromissum*, someter la controversia a la decisión de uno o varios árbitros, que aceptan, *receptum*, resolver mediante sentencia la controversia que se les planteaba, en los arbitrajes públicos, serían los entes públicos quienes en el ejercicio de su poder decidirían someter a la opinión de uno o varios árbitros la solución de sus diferencias.

Sobre el arbitraje administrativo se detiene el autor de manera especial pues la diversidad de materias que son objeto del mismo, su peculiar naturaleza jurídica considerando que se trata de una función propia de la comunidad política, y especialmente la posición de las partes contendientes en atención a la vinculación de ambas o de alguna de las partes a la administración pública romana, lo hacen muy diferente de los otros arbitrajes de derecho público. Por otra parte, son numerosas las inscripciones epigráficas y los textos literarios referidos a arbitrajes en controversias sobre aguas (Cicerón, *Ad Atticum* y *Verrinas*; Tácito, *Annales*). A su vez, la *lex Rupilia*, primera ley provincial (131 a.C.), vendría a ratificar la tradición arbitral siciliana heredada de Grecia para la resolución de conflictos entre ciudades, nombrando como árbitro a una tercera.

El caso más conocido de arbitraje administrativo es el de la *Tabula contrebiensis*, primera contienda jurídica documentada en la península Ibérica que versa sobre límites territoriales y construcción de un acueducto. Sobre ella han trabajado de manera destacada los profesores Fatás, Murga, Beltrán, A. d'Ors, Torrent y el propio Fernández de Buján. Las obras respectivas sobre el tema están referidas en la nota 259 de *La deuda histórica del arbitraje moderno*, así como un extenso resumen del mismo en las páginas 113 a 122; quizás convendría recordar que recientemente se han conmemorado los 2100 años de la sentencia arbitral contenida en la *tabula*, con una escultura

de grandes proporciones que de manera altruista ha sido colocada en la localidad aragonesa de Alagón (enclave de una de las ciudades litigantes) para recuerdo del bronce. Pero hay otros casos de arbitraje administrativo detallados en las fuentes epigráficas y literarias que también son señalados por el autor, seleccionados con base en la obra de Ruggiero, *L'arbitrato pubblico*, que tratan sobre variados temas como deudas, límites territoriales, fronteras o tributos.

El capítulo cuarto se refiere a las bases romanísticas del arbitraje actual. Como señala el autor, se trata del análisis de las concordancias entre el Derecho justiniano y la legislación vigente en materia de arbitraje. Aunque se supone que es el colofón de la obra, sin embargo podría ser leída de manera independiente, ya que podría constituir a su vez una monografía particular por su extensión y temática, que sin duda atraerá a juristas especializados en derecho actual tanto por su novedad como por su alcance práctico. Por otra parte, quizás sea ésta la parte que más interés vaya a suscitar en los momentos actuales en los que prima el gusto por los trabajos de derecho positivo en detrimento de los históricos; sin embargo el autor, en este capítulo, al utilizar una metodología comparatista, la microcomparación, esto es, el análisis de una figura concreta en varios ordenamientos (en este caso el derecho romano y el derecho actual) consigue aunar de manera armónica perspectiva histórica y análisis de la institución, criterio programático defendido incesantemente en todas sus obras.

Del análisis de las concordancias examinadas entre el Derecho Romano justiniano y la legislación actual en materia de arbitraje, el autor extrae la conclusión de que es posible deducir la base romanística del arbitraje actual, ya que existe una gran similitud entre numerosos textos romanos y las normas reguladoras de los distintos aspectos y soluciones previstas en la ley española de arbitraje y el arbitraje internacional (Ley 60/2003 de Arbitraje, de 23 de diciembre, modificada por Ley 11/2011, de 20 de mayo).

Parte el autor de la afirmación de que en el Derecho romano hay un mayor grado de reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en la configuración del arbitraje, y un mayor reconocimiento de la discrecionalidad en la actuación arbitral que la existente en el arbitraje moderno que se caracteriza por el carácter imperativo de muchas de sus normas, que quedan fuera de la disponibilidad de las partes en aras de la seguridad jurídica y las garantías de los intervenientes. Mientras que se consideran materias no susceptibles de arbitraje en Derecho romano, con base en las fuentes, el conocimiento de los delitos públicos, así como aquellos delitos cuya condena suponga infamia, de las causas relativas a la libertad de las personas y de las actuaciones que sean objeto de persecución mediante acciones populares (D. 4.8.32.6 y 7), la actual Ley de Arbitraje señala que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materia de libre disposición conforme a derecho (art. 2.1). Frente a la inexistencia, en un primer momento, de medios jurídicos que obligaran al árbitro al cumplimiento de su función, se pasó a la intervención pretoria, bien prohibiendo al árbitro que dictara sentencia o que ejecutase la ya dictada, bien obligándole a que la dictase o bien sancionándole mediante multa o embargo de bienes si se negase de forma injustificada a pronunciarse sobre el fondo del asunto (*¿estaríamos ante una missio in possessionem?*). El magistrado controlaría el cumplimiento de las condiciones de validez del *compromissum* y del *receptum*, mediante un examen somero (*causae cognitio*) de las circunstancias que se le planteasen: las condiciones de capacidad de las partes, de sus representantes, y del árbitro, el objeto del

compromiso, las materias que no podían ser sometidas al arbitraje, excusas para desempeñar dicha función etc. Se produciría un progresivo acercamiento del arbitraje al juicio (que seguiría siendo prevalente), respecto al que se comienza a considerar como una alternativa en la resolución de conflictos, y a la vez un progresivo alejamiento respecto a la mediación y transacción, figuras coetáneas del arbitraje para resolver los conflictos en los primeros tiempos, lo que se traduciría en un cambio sustancial de la propia naturaleza del arbitraje. Por otra parte, la previsión legal respecto a las funciones de apoyo y control del arbitraje se encuentra en los artículos 8 y 33 de la Ley de Arbitraje, así como el 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El autor señala que en este último capítulo se ha limitado a glosar algunos textos romanos en la materia y a destacar aquellos que mantienen su vigencia en el derecho actual. En su opinión, los textos clásicos expresan principios y reglas que han sido incorporados en los preceptos de las leyes de arbitraje de los distintos ordenamientos actuales, incluido el nuestro. Ciertamente, basándose en ellos realiza un pormenorizado análisis comparativo entre el antiguo derecho y el derecho actual sobre la forma y el contenido del compromiso arbitral, su conexión con la materia testamentaria en relación con la división de una herencia entre coherederos o legatarios, la controversia que suscita la posibilidad de someter la resolución del conflicto de manera paralela ante un juez o ante un árbitro e incluso la posibilidad de iniciar un proceso ordinario el que se sienta perjudicado por la sentencia arbitral, árbitros (capacidad; nombramiento, número y adopción de decisiones colegiadamente; excusas, motivos de abstención y recusación y nombramiento de árbitro sustituto; responsabilidad y provisión de fondos para atender a los gastos que se produzcan), realización de las actuaciones arbitrales (fecha de inicio, alegaciones de las partes, naturaleza de la controversia y pretensiones; lugar y comparecencia de las partes), pronunciamiento del laudo o decisión arbitral y terminación de las actuaciones (conforme a derecho o a equidad; plazo, forma, contenido y notificación de la sentencia; extinción del compromiso; corrección, aclaración y complemento de la sentencia en caso de peticiones no resueltas), la anulación, ejecución de la sentencia arbitral, y consideraciones sobre sus efectos de cosa juzgada a partir de la etapa justiniana (su recepción en el Derecho de Partidas así como el derecho castellano por Ley de Enrique IV promulgada en Madrid en 1458 y la atenuación de su fuerza ejecutiva en la Constitución de 1812) que coincide básicamente con lo previsto en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje: *«El laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de febrero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes»*; y el 44: *«La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título»*.

Finaliza el autor la obra con una reflexión. Consciente de que la profundidad de un estudio histórico sobre una figura de naturaleza interdisciplinar de la importancia del arbitraje, genera inevitablemente lagunas y controversias en los temas abordados, manteniendo una postura prudente de adhesión a la reforma pero con matices, confía en dedicar a la materia una especial atención en su labor investigadora en los próximos años. Y así, reproduciendo fielmente sus palabras, cabe decir que a quienes conozcan la ley de arbitraje española de 2003, las soluciones romanas a las distintas cuestiones planteadas a lo largo del libro les resultarán conocidas, mientras que a quienes no estén familiarizados con el texto legal, reformado en 2011, el genio

jurídico romano les resultará patente en este sector del Ordenamiento, pues se trata de una institución de clara impronta romana.

En definitiva, muy interesante la nueva monografía que nos regala el autor, fruto de sus investigaciones más recientes, sobre un tema que, como la jurisdicción voluntaria o el estudio del derecho administrativo y fiscal romano, le preocupa de forma permanente. Por lo sugerente de la problemática detectada y las posibles soluciones dadas ya en nuestro derecho antiguo, el libro contiene un valioso material aplicable a las necesidades detectadas en el tráfico jurídico también en el momento actual; en definitiva, el arbitraje como fórmula más adecuada de resolución de conflictos.

M.ª Lourdes MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS
Profesora de Derecho Romano
Universidad de Zaragoza

GARCÍA CARACUEL, Manuel: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014, 521 pp.

La presente obra constituye, sin duda, la aportación más relevante de la doctrina española al estudio de la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales como hecho limitativo o justificante del incumplimiento contractual. Conviene adelantar que contiene un estudio de Derecho comparado, opción que enriquece el análisis y permite aclarar las propuestas legislativas y la propia evolución de esta cuestión en el Derecho español. Huelga, por otra parte, señalar la trascendencia del objeto de estudio, más allá de la preocupación renacida acerca de los remedios que puede proporcionar en un escenario de crisis. Ya antes de la crisis, la cuestión del *hardship* era señalada como el problema más arduo que suscitaba el régimen de los contratos internacionales, de suyo más sensible que los contratos internos a la alteración de múltiples circunstancias en un escenario más endeble.

La parte primera del estudio es, en realidad, una introducción histórica de la evolución doctrinal, legal y jurisprudencial del principio *rebus sic stantibus*, como excepción al principio básico de obligatoriedad o santidad del contrato (*pacta sunt servanda*), en que se señalan los hitos y claves en la evolución de la institución. Hablamos de meros atisbos en el Derecho romano, entre canonistas y postglosadores, de la incidencia fundamental de la escolástica iusnaturalista española del Siglo de Oro, reconocida magistralmente por Gordley, de su evolución en la primera codificación y, sobre todo, en los precedentes jurisprudenciales desde mitad del siglo XIX, que aún siguen siendo ilustrativos y determinantes de las concepciones vigentes.

Pero sin duda el corazón del trabajo se desgrana en la parte segunda, en que se analiza la institución en los principales sistemas jurídicos de referencia: formulación de los supuestos, delimitación de figuras, efectos sobre los remedios contractuales, la resolución del contrato, la adaptación, la renegociación, etc. Frente a la opción de un estudio comparativo por problemas o cuestiones jurídicas, el autor, con buen criterio, opta por un análisis sucesivo del cambio de circunstancias en los sistemas jurídicos de referencia. Quienes hayan profundizado en el Derecho comparado sobre esta cuestión deberán

reconocer que, en realidad, este es el único método razonable para alcanzar una comprensión cabal del tratamiento del problema en los diferentes sistemas. García Caracuel lo hace, además, a partir de un conocimiento exhaustivo de la práctica jurisprudencial y doctrinal en cada uno de los ordenamientos, de forma que nos ofrece un panorama muy valioso de la *frustration doctrine* en el Derecho inglés, diferenciada y a veces solapada con la muy diferente doctrina del *hardship*; de la doctrina de la impracticabilidad del Derecho norteamericano, una doctrina a medio camino entre la fuerza mayor o imposibilidad material y el *hardship*, en una aproximación inédita por su calidad, no solo en lengua española, pues no en vano el modelo norteamericano es acaso el más complejo y esquivo; de la rígida doctrina francesa de la imprevisión, anclada en los intereses meramente públicos y llamada a ser desbordada en la reforma del Código civil francés; de la influyente doctrina alemana de la frustración de las bases negociales, que demuestra que no es necesario partir de un sistema contractual causalista para atribuir a la causa y a su frustración potentes efectos; y, finalmente, de la evolución de la cláusula *rebus sic stantibus* en el Derecho español, sobre la base de un estudio exhaustivo y cronológico de la jurisprudencia patria, que desde la tibia consideración de sus efectos como un «monumento en el aire», evoluciona a partir de 2008 y confluye en el reconocimiento real de su trascendencia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014, inspirada por igual en las circunstancias de la crisis económica y en la evolución del Derecho privado europeo.

El Derecho contractual europeo ocupa, de hecho, buena parte del análisis de Derecho positivo al que se dedica la parte tercera, centrada en el tratamiento de la cuestión tanto en textos internacionales (Principios de Derecho Contractual Europeo, Marco Común de Referencia, Proyecto de Reglamento sobre compraventa europea, Proyecto de Código civil europeo de la Academia de Pavía, Principios UNIDROIT, Convención de Viena de 1980), como en la Propuesta de Reforma del Código Civil español y al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil español. El bagaje adquirido en la investigación permite al autor no solo una aproximación crítica a estos textos, en particular a las propuestas de reforma del sistema español, sino coronar la obra con unas conclusiones constructivas en que se brindan las claves para el mejor tratamiento del problema desde el punto de vista legislativo, en particular sobre la necesaria inclusión de la frustración del fin del contrato y sobre los riesgos del derecho a una renegociación.

En suma, esta obra es algo más que un libro jurídico imprescindible para todo aquel que quiera aproximarse al problema de la alteración sobrevenida de circunstancias desde el punto de vista más rico y completo posible. Es, además, un trabajo de investigación en toda su extensión, sólido, fundado, trabajado con rigor y con mimo, que confirió al autor un grado académico. Pero no siempre los grados académicos doctoran espiritualmente al autor. En este caso, ambas circunstancias confluyen felizmente.

Sixto SÁNCHEZ LORENZO
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Granada

TORRES GARCÍA, Teodora F. / GARCÍA RUBIO, María Paz: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 260 pp.

1. Siempre me ha parecido que el testamento (*Das Testament, the Will*) es uno de los más grandes inventos de la civilización jurídica de la que nosotros procedemos y en la que todavía vivimos. Doy por supuesto que todo ordenamiento jurídico debe adoptar las medidas necesarias para que la vida jurídica y los asuntos pendientes puedan continuar desarrollándose como estaba previsto, no obstante el fallecimiento de alguno de sus protagonistas, pero es útil también que el fallecido haya tenido participación en la organización de su sucesión.

Aunque hay un refrán que dice que *mors omnia solvi*, el ordenamiento jurídico se declara enemigo de esta idea y trata por todos los medios posibles de favorecer la continuidad y la continuación de la vida jurídica. Esto no quiere decir, por supuesto, que el instrumento sea siempre el testamento, si bien no puede negarse que coadyuva decisivamente a obtener las finalidades requeridas.

2. El acto de testar fue especialmente valorado al rodear de especiales solemnidades la declaración de voluntad que debe regular el destino que haya de darse a las relaciones jurídicas de una persona cuando esta fallezca, lo que se consiguió otorgando los testamentos ante las curias y sus miembros, o ante otra clase de ciudadanos que representaban a la población o, por decirlo con palabras sencillas, a los mismos miembros de la comunidad a la que el testador pertenecía.

El testamento más antiguo parece haber sido el testamento *calatis comitiis*, otorgado ante el pueblo reunido en los comicios; y después el testamento *in procinctu*, que se hacía también ante el pueblo, si bien ahora no reunido en *comitia curiata*, sino encuadrado en las unidades militares. Era el testamento hecho ante el ejército en pie de guerra.

Algunos de los comentaristas creían que el pueblo que asistía al testamento comicial votaba éste como en una ley, y veían en el testamento *in procinctu* el primer testamento testifical, ya que el ejército no decide. Se limita a testificar.

Algunas perturbaciones pudo originar el hecho de que la capacidad de testar se colocara en cabeza de quien con anterioridad era dueño de los bienes, reconociéndosele no solamente el poder de disposición respecto de tales bienes, sino también, como reza algún texto definidor de las sucesiones, la posibilidad de estatuir aquello que era su voluntad que se hiciera después de su muerte, con lo cual podía influir en los negocios pendientes que pudiera tener con otras personas. Sin embargo, al conceder el poder de disposición al dueño de los bienes, se le otorga un plus de poder jurídico, lo cual, respecto de los demás miembros de la misma familia, si bien no impide que la sucesión sea fundamentalmente un asunto interno de la familia, puede crear dificultades de alguna consistencia.

3. En la solemnización de los testamentos, pero también en la correcta ordenación de los mismos, ha tenido a lo largo del tiempo especial trascendencia la preceptiva intervención de los notarios en el otorgamiento, lo cual significa, por una parte, que el testamento ha de ser un documento público y un documento redactado por un funcionario público, pero que, al mismo tiempo, el notario como funcionario especialmente distinguido y especial-

mente experto en materias de Derecho privado y en materias de Derecho de sucesiones, pecha con las tareas de redactar el documento testamentario, de examinar su corrección legal o su ajuste con las normas legales que ríjan la materia, así como cuestiones atinentes a la identificación del testador y otras parecidas. Lo cual significa, rectamente entendido, que hay una intervención de funcionarios estatales destinada a favorecer la validez de los testamentos, al menos a no contradecir normas legales.

4. En la tradición jurídica que ha llegado hasta nosotros, se mantiene la idea del testamento como instrumento rector de la sucesión con no muchas modificaciones.

No existe entre nosotros ningún estudio de lo que podría llamarse una filosofía del testamento como el trabajo de las profesoras Torres García y García Rubio, que se aproxima mucho a lo que en esta materia está todavía por hacer. Es verdad que el Derecho de sucesiones y, por consiguiente, el Derecho de los testamentos en la medida en que forma parte de aquel, contiene las más importantes tradiciones jurídicas consuetudinarias y seculares en esta materia, sin las cuales casi nada se entiende en esa parte del Derecho privado, como casi nada se entiende en la forma de producirse, de argumentarlo y de construirse el Derecho privado mismo.

El trabajo de las profesoras Torres García y García Rubio, que arranca con un título donde se contempla la llamada «libertad de testar», parece dedicado a estudiar con carácter preferente las dificultades que los testamentos pueden encontrar por chocar con normas de carácter legal. Este es el sentido que hay que atribuir a las llamadas de atención hacia la libertad de testar y hacia la posible aplicación de la llamada doctrina de la *Drittewirkung* en materia testamentaria. Todo ello merece atención especial y, al mismo tiempo, alguna dosis de felicitación a las autoras por el hecho de que se hayan arriesgado a meterse por vericuetos por los que no resulta fácil transitar.

5. El libro de las profesoras Torres García y García Rubio a las que estas líneas sirven de comentario, arranca de un estudio sobre la libertad de testar, a la que atribuyen un carácter polisémico y en la que se incrusta, en opinión de las autoras, la división entre libertad positiva o libertad para testar, y libertad negativa o libertad de testar en sentido estricto.

Los conceptos citados parecen proceder de Berlin (ob. cit., p. 14). Según estas ideas, la llamada libertad en sentido negativo trata de dar respuesta a la pregunta sobre cuál es el ámbito en que al sujeto, una persona o un grupo de personas, se le deja hacer sin que en su hacer interfieran otras personas.

Berlin decía, en este sentido, que libertad significa que no haya quien interfiera en mi actividad más allá de un límite, que es, sin duda, cambiante, pero reconocible, por lo que su defensa consiste en prevenir y evitar la interferencia de los demás. En este sentido, dicen nuestras autoras, libertad de testar en sentido negativo es la posibilidad de disponer del propio patrimonio (incluido el patrimonio llamado moral), sin que otros, como puede ser por ejemplo el Estado, imponiendo cuotas forzosas o impidiendo ciertas disposiciones que se consideran nulas, se interpongan en esa actividad. Este es el sentido que debe tener el término «libertad de testar» en su sentido más estricto.

En sentido positivo la libertad deriva del deseo por parte de un individuo de ser su propio dueño, es decir, que sus decisiones dependan de sí mismo y no de fuerzas exteriores, sean estas del tipo que sean. En este sentido, la libertad positiva de testar implica la de tomar las propias decisiones con plena validez jurídica, por inusuales, caprichosas o extrañas que estas sean.

Suponen la autorrealización de los propios fines de acuerdo con la autónoma voluntad.

6. En el opúsculo que publiqué hace unos meses dedicado a estudiar algunos aspectos de la seguridad jurídica («*La seguridad jurídica y otros ensayos*», Cívitas, Madrid, 2014) dediqué algunas palabras a hablar del problema relativo a la libertad de testar. Según expliqué, espero que de forma útil, todo obedecía a la organización por parte de la fundación que mantiene el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y que dirige con mano segura Ernesto Garzón Valdés de un seminario sobre «La libertad de testar». Las ponencias se habían encomendado a las profesoras Teodora Torres García y María Paz García Rubio, y su texto es el que ahora publica la Fundación Coloquio Jurídico Europeo. El título de la jornada significaba casi con toda seguridad que uno de los temas que podía ser caballo de batalla, era el relativo a las legítimas y el debate sobre su mantenimiento o supresión, razón por la cual el autor de estas líneas, como asistente a la sesión de aquel seminario, preparó su artillería con la finalidad de defender el ordenamiento sucesorio español tal cual en ese punto había llegado hasta nuestros días, sin introducir en él modificaciones que se pudieran considerar poco meditadas. Tengo que confesar ahora, que estaba en aquel momento influido por la lectura de una tesis doctoral, que era la que había por una parte presentado en la Universidad y, por otra, publicado D. Aurelio Barrios Gallardo, bajo la dirección del Dr. D. Ángel Cristóbal Montes con el título de «*El largo camino hacia la libertad de testar*». El trabajo del Dr. Barrios Gallardo parecía proclive al reconocimiento de la libertad de testar sin limitaciones legítimarias. Frente a ello, algunos de nosotros siempre hemos estimado que en materia jurídica es preferible ser partidario de soluciones preconizadas con anterioridad más que destacar por el favor de las innovaciones. Aunque hay que reconocer también que en la legislación española se habían manifestado ya tendencias a favor de una libertad de testar que pasara por encima de las legítimas. Había ocurrido así con la reforma del derecho de los legitimarios cuando existiera entre ellos algún incapaz. El tema había llamado también la atención de algunos otros autores que le habían dedicado aportaciones especialmente valiosas. Me refiero al «Tratado de legítimas» dirigido por la profesora Teodora Torres, al trabajo de Parra Lucán sobre «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio» y al estudio de Ana Cañizares Laso, titulado «Legítimas y libertad de testar».

7. Mi opinión sobre este tema de las legítimas, que es uno de los muchos que estudian las profesoras Teodora Torres y María Paz García Rubio en la obra a que esta recensión se refiere, consta ya por escrito («¿Libertad de testar?», en *La seguridad jurídica y otros ensayos*, pp. 67 ss.). Me parece, por consiguiente, legítimo trascribir a continuación algunos de los argumentos sobre los cuales, en mi opinión, la discusión sobre esta materia debe versar.

Para cerrar esta exposición que se ha hecho inevitablemente un poco larga, tendremos que enfrentarnos a alguno de los argumentos que se amparan en una supuesta evolución lógica de la organización de la familia y de la edad de las personas que, a nuestro juicio, no modifica ninguna de las anteriores conclusiones.

Estos argumentos han sido, básicamente, dos. El primero se refiere al avance de la edad media de las personas y, por consiguiente de los descendientes del testador, eventuales legitimarios del mismo. Si el fallecimiento del testador les alcanza cuando ellos tienen ya una edad avanzada, puede pensarse que la legítima no les interesa y que mantenerla no es más que una

rémora. Se ha llamado a ello incremento de la esperanza de vida y se ha pensado que así cambia el cometido de la institución de la legítima.

La anterior consideración se funda entre otras cosas, en una cita de Condomines Valls, Francisco de Asís («Crisis del Derecho sucesorio», *Anuario de Derecho Civil*, 1970, 4, pp. 701 a 710) que Barrio recoge en la página 467 de su libro, y que dice así: «Los supuestos demográficos, antropológicos, sociales y de organización familiar en que el Derecho sucesorio se basaba eran los siguientes: 1) determinadas expectativas de vida, o sea, un cálculo de probabilidades acerca de la presencia real efectiva y activa de los sujetos en las familias y en la comunidad local o nacional; 2) familia indivisa, estable, arraigada, troncal, y con inferioridad de la mujer considerada como de origen biológico; 3) el dominio de la tierra, del fondo, de la llamada por antonomasia la finca, como bien capital, básico en la economía del grupo y del país; 4) finalmente una organización del poder que, cualquiera que fuera su forma, era en esencia, y sobre todo en su funcionamiento, aristocrática».

Se alega también que el instituto de la legítima en relación con los descendientes debería encaminarse hacia una función neta y exclusivamente de subsistencia, es decir, existir a modo de prestación con cargo al caudal hereditario solo en aquellos casos en que sea realmente imprescindible. Hemos comentado ya la relación que esta idea puede tener con el tratamiento de la prodigalidad y con los alimentos, y los efectos que puede ejercer en nuestro caso, pero esa no es la labor ahora.

El hecho de que la legítima se reciba a una edad avanzada tampoco me parece que ejerza una influencia que haya de exagerarse, pues no puede discutirse como veremos después, que aun en tal caso ejerce un indiscutible influjo económico.

El último de los argumentos que se quiere alegar (ver ob. cit., p. 463) es lo que se llama «el origen de las fortunas de los particulares», que se relaciona con el tránsito de las economías agrarias a las economías urbanas e industriales. Tampoco me parece que sea un argumento que deba ser tenido en cuenta. Puede admitirse que en la mayor parte de los casos los patrimonios transformados en herencias han sido creados y mantenidos por el arte y la pericia del causante de la susodicha herencia. Sin embargo, ello por sí solo no excluye la función del traspaso de la herencia o parte de la misma a otras personas, como son los descendientes, y no priva a la institución de toda función económica, y menos todavía justifica que por el hecho de haber creado el patrimonio tengan sus titulares que poder disponer de él libremente.

En nuestra opinión solo hay razones de orden económico para ordenar racionalmente la sucesión *mortis causa*. La pregunta será o debe ser, qué es mejor para la sociedad como conjunto, cuáles son los *desiderata* de ésta, y cuál es la mejor manera de cumplirlos.

Una buena respuesta a esta pregunta se encuentra en alguna de las opiniones que determinados capitanes de la industria norteamericana expusieron en un manifiesto para tratar de convencer al Presidente Bush de que no suprimiera el impuesto de sucesiones. Entendían, seguramente con razón y más desde su punto de vista, que el interés de una sociedad y el interés de los empresarios es que haya muchos eventuales clientes de las prestaciones que tales empresarios pueden lanzar sobre el mercado. Dicho de otra manera, la pretensión que puede llamarse si se quiere socialdemócrata, de multiplicación de las fortunas medias, sin amparar las que puedan resultar excesivas. Y es en este sentido en el que a nosotros nos parece que la legítima de los descendientes puede seguir cumpliendo su función. No se puede olvidar que la

legítima no ha tenido nunca por finalidad mantener al legitimario en el mismo nivel social o en el mismo estrato en que estuviera su familia de procedencia. Puede entenderse, y muchas veces se ha entendido así, que se hace de esta manera para evitar que el legitimario pueda desarrollar de una manera menos rigurosa su propia actividad económica o profesional. Por decirlo de algún modo gráfico, la legítima de los descendientes es una rampa de lanzamiento de estos, y esta función de rampa de lanzamiento continúa pudiéndose ejercer en los tiempos que corren, y más todavía en un momento en el que los gobiernos y las corporaciones parlamentarias han tratado de poner en órbita una cosa que llaman los «emprendedores», es decir, suscitando las vocaciones de la juventud para, apartándolas del desempleo, dirigirlas hacia la creación de empresas. Habrá en ese sentido únicamente que cuestionarse si es mejor fomentar esta finalidad con dinero público procedente del llamado Estado del bienestar o si, en los casos en que sea posible, debe hacerse dedicando a ello un aparte del patrimonio familiar. Que responda cada uno como le parezca.

Por último, señalaré que no está en ningún sitio comprobado que la desaparición de la legítima fomente la iniciativa del espíritu de aventura o el espíritu de superación de los hijos legitimarios, pues esto no depende solo de decisiones económicas sino también de datos atinentes a la personalidad de cada cual.

8. Otro de los temas de enorme enjundia y complejidad que las profesoras Torres y García Rubio estudian en su libro es el que abre el capítulo segundo, dedicado a «La influencia de la Constitución Española y de los derechos humanos en la libertad de testar (o para disponer *mortis causa*). La *Drittirkung* de los derechos fundamentales en materia sucesoria. En especial la libertad de disposición y la interdicción de la discriminación».

La doctrina que se ha ocupado del tema (recientemente, Gema Díez-Picazo, «Dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional acerca del Derecho de sucesiones», en *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 361), da cuenta de que existen algunas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de las que podría sacarse la consecuencia de que resulta relevante en sede de testamento la violación o el desconocimiento de determinados derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Así, por ejemplo, en la STC 9/2010, de 27 de abril, a propósito del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de nacimiento, respecto de una disposición testamentaria referida a «hijos legítimos» que terminó por aplicarse a hijos adoptivos. Aunque también se ha dicho, con acierto seguramente, que la solución contraria goza también de argumentos a favor, citando precisamente el voto particular de J. Rodríguez-Zapata donde se advierte que «nadie tiene derecho a un acto de liberalidad, por lo que las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE, no se proyectan sobre los actos de liberalidad *inter vivos* o *mortis causa*. A ello se añade que, en nuestro Derecho civil sucesorio, tanto común como foral, se confiere a la persona un ámbito amplio de libertad sobre sus propios bienes, de modo que, respetando en su caso el régimen de legítimas, el causante puede disponer de ellos del modo que estime conveniente, sin necesidad de ofrecer justificación sobre su decisión, ni estar vinculado por las prohibiciones contempladas en el art. 14 CE».

Gema Díez-Picazo entiende que es muy difícil invocar la lesión del art. 14 CE cuando las personas que lo alegan no son titulares de derecho alguno sobre la herencia, pues el derecho a la igualdad y a la no discriminación debe

proyectarse y predicarse más allá, respecto a algún derecho subjetivo. Y sostiene que cabe ir todavía más allá, añadiendo otro argumento de peso: la libertad de testar (estando a salvo la legítima) no se ve constreñida por los dictados del art. 14 CE y, por consiguiente, puede afirmarse que el problema planteado en la sentencia analizada era un falso problema constitucional.

Esta misma autora recuerda los términos de la STS 171/2012, de 4 de octubre, sobre la inconstitucionalidad del art. 123 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia (LDCG), en cuanto al derecho a reclamar alimentos del cónyuge supérstite con cargo a los bienes que constituyan el objeto del usufructo de viudedad universal. En el caso que decidió esta sentencia, doña I., en representación de su hijo incapaz don S., formuló una demanda de alimentos provisionales contra doña M., que a la sazón era viuda de don B., que había estado casado en primeras nupcias con la demandante y con la que había tenido el hijo, en razón de todo lo cual formulaba esta la demanda de alimentos.

Es importante subrayar que mientras había vivido el testador, había estado abonando a su hijo una pensión de alimentos de acuerdo con lo pactado en el convenio regulador del divorcio.

El Juzgado de primera instancia estimó la demanda. Consideró que de acuerdo con el tenor literal del art. 123.3. LDCG (en la redacción entonces vigente) la obligación del usufructuario de prestar alimentos con cargo al usufructo se establecía respecto de los hijos comunes, pero que el precepto debía ser corregido ya que también los hijos del premuerto tenían reconocido un derecho de alimentos respecto de éste, y el mismo debía extenderse al usufructo.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Pontevedra acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del referido art. 123 LDCG por entender que esta norma, que era aplicable para resolver la controversia, podría ser contraria al derecho a la igualdad de los hijos proclamada en los artículos 14 y 39 CE. Y ello porque de su tenor literal se desprendía que los hijos que lo fueran solo del causante no podrían reclamar alimentos al cónyuge de éste cuando fuese designado usufructuario universal. Solo gozarían de este derecho los hijos comunes.

El Tribunal Constitucional declaró la norma inconstitucional, afirmando entre otras cosas (*vid. FJ 5*) que «al utilizar el carácter común o no común de los descendientes del causante como circunstancia que priva de la posibilidad de reclamar alimentos a aquellos que lo fueren únicamente del fallecido, el legislador gallego ha introducido una distinción basada en una circunstancia irrelevante en relación con la finalidad perseguida por la norma y ha diferenciado situaciones que deberían haber recibido la misma valoración. Todo ello sin que se haya aportado una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato, con la consecuencia de haber incurrido en la discriminación vedada por el artículo 14 CE».

Observa Gema Díez-Picazo que examinada despacio, en realidad la sentencia al declarar la inconstitucionalidad de la norma, pasa por alto que el tan citado artículo 123 LDCG (al igual que hace el artículo 148 CC) regula una deuda alimenticia y, como tal, precisa de la existencia de un vínculo de parentesco entre alimentante y alimentista (art. 143 CC), que se basa, por tanto, en el principio de la solidaridad familiar y que tiene su fundamento en el art. 39.1 CE, y que no es transmisible *moris causa*, sino que al ser una obligación personalísima se extingue con la muerte del alimentante y ni los herederos del fallecido ni el usufructuario tienen obligación de hacer frente a

los mismos, al menos por la mera condición de tales (arts. 150, 151 y 659 CC). A su juicio, con la interpretación del Tribunal Constitucional se había creado en el Derecho de familia de Galicia una nueva categoría jurídica que era hasta entonces desconocida, que sería asimilable a una «obligación de alimentos *propter rem* del usufructuario», y que obligaría al titular del derecho de usufructo, por el solo hecho de serlo, a prestar alimentos a personas con las que no le une relación alguna de parentesco.

9. Por lo que se refiere a la *Drittewirkung* o eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, se sigue, por razones de proximidad y otras que podían resultar análogas, la opinión mantenida por Luis María Díez-Picazo Giménez («Sistema de Derechos fundamentales», Cívitas-Thomson, Madrid, 2013). Este autor entiende (ob. cit., p. 142), que la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales es un problema de derecho sustantivo, y que la respuesta depende de la posición filosófico-política que se mantenga acerca de la naturaleza del Estado democrático de derecho, o del grado de liberalismo político que se sustente, y, sobre todo, de la visión de la Constitución que se adopte. El dilema de fondo, añade este autor, radica en que la Constitución española no da argumentos definitivos en ninguno de los sentidos y, aunque es verdad que el art. 53 CE al fijar el régimen de los derechos fundamentales dice que estos «vinculan a todos los poderes públicos», sin hacer referencia alguna a los particulares, el texto constitucional proporciona algunos puntos de apoyo a las tesis al respecto mantenidas.

La consecuencia de todo este razonamiento es que, a falta de una norma de Derecho sustantivo, de la que resulte la obligación o el efecto jurídico, este no puede mantenerse por sí solo, a lo que tal vez hubiera que añadir la excepción de aquellos casos en que pueda jugar por imperio del art. 1.255 CC una cláusula de orden público de la cual tal efecto jurídico pudiera derivar.

Por todo ello, en estos momentos, al aceptar la tesis del citado Luis María Díez-Picazo Giménez, se puede sostener que los valores inherentes a ciertos derechos fundamentales (vida privada, igualdad entre sexos, veracidad informativa, participación en la cosa común, etc.) no son directamente exigibles entre particulares, por lo que su aplicación en el Derecho privado ha de ser impuesta por la ley, lo que no deberá ser problemático en una sociedad democrática en que la configuración del ordenamiento jurídico corresponde fundamentalmente al Parlamento, y si este puede establecer las más variadas regulaciones, nada impide en principio que pueda reputar conveniente la extensión de valores que la Constitución proclama al Derecho privado y a las relaciones entre particulares.

De esta suerte, queda el tema abordado por las autoras del libro que recensiono sin concretas y claras soluciones en nuestro ordenamiento jurídico, aunque haya que reconocer que bien está haber planteado el problema, cualquiera que sea la proximidad de la solución en que los razonamientos la buscan.

10. El problema de las legítimas, su fundamento, mantenimiento y eventual adelgazamiento, y el problema de la *Drittewirkung* de los derechos fundamentales en materia sucesoria son dos cuestiones centrales que las profesoras Torres y García Rubio analizan en el libro. Pero la obra tiene un alcance mucho más amplio ya que, como he dejado dicho al comienzo de esta recensión, constituye una reflexión sobre todas y cada una de las cuestiones que plantea el Derecho de sucesiones a la altura de nuestro tiempo, como, por ejemplo, las salvaguardas de la voluntad del testador vulnerable, el destino *post mortem* de los derechos de la personalidad y el patrimonio digital, la

perspectiva de género o la ya imparable globalización y europeización del Derecho de sucesiones, en el que constituye un hito fundamental el Reglamento (EU) n.º 650/2012 de 4 de junio de 2012 relativo a determinados aspectos de las sucesiones *mortis causa* y al certificado sucesorio europeo.

Respecto de todos estos temas y otros muchos que se podrían citar sólo cabe aquí remitir directamente al libro de las profesoras T. Torres y M. P. García Rubio. El lector y el estudioso los encontrarán expuestos allí con el rigor y con la seriedad que requiere esta materia tan sensible que llamamos Derecho de sucesiones, en el que ambas autoras son reconocidas expertas.

Luis DÍEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.—II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.—Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

ADILARDI, G.: «Rinunzia al termine essenziale successivo alla scadenza, principio di buona fede e abuso del diritto – osservazione a Cass. 5 luglio 2013 n. 16880», *GC*, 2013, núms. 11-12, pp. 2371- 2373. (*M. R. D. R.*)

CATAUDELLA, A.: «L'uso abusivo di principi», *RDC*, 2014, núm, 4, pp. 747-763.

Observaciones sobre la aplicación del principio que prohíbe el abuso del derecho y el principio de la buena fe. (*M. R. D. R.*)

DENIZOT, A: «L'étonnant destin de la théorie du patrimoine», *RTDC*, 2014, núm. 3, pp. 547-566.

Estudio sobre el contenido del patrimonio en el momento actual. (*R. A. R.*)

KOHLER, Chr./ PUFFER-MARIETTE, J-Chr.: «EuGH und Privatrecht – Ein Rückblick nach 60 Jahren», *ZEuP*, núm. 4, 2014, pp. 696-739.

Estudio firmado por dos altos funcionarios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el que se da cuenta de su fundación y desarrollo hasta la actualidad, con motivo de su 60.^º aniversario. En cuanto al Derecho privado, consideran los autores que el significado que le corresponde en la jurisprudencia del TJUE debe ser visto en el contexto más amplio de la relevancia del Tribunal en la construcción europea. El Derecho de la Unión influye sobre todos los campos del Derecho interno de modo sustancialmente igual; al Derecho privado no le corresponde ningún puesto especial. Más bien, la jurisprudencia del TJUE se ha insertado también profundamente en las estructuras crecientes de los Derechos nacionales y ha acompañado y configurado el proceso de la europeización del Derecho privado desde el principio. (*M. G.-R.*)

SICCHIERO, G.: «Gli usi legali non esistono più: Cronaca di una morte certificata», *CI*, 2013, núm. 6, pp. 1266-1274.

Artículo acerca del concepto jurídico de los usos y la prueba de los mismos. (*Alma R.G.*)

DERECHO DE LA PERSONA

CHASSANG, C.: «La CEDH et la loi du 11 octobre 2010: une validation au demi-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public», *RD*, 2014, núm. 30, pp. 1701-1707.

Problemas con el derecho a la intimidad personal y la imagen en determinados supuestos cuando se toman imágenes en la calle. La posición del Tribunal Europeo de derechos humanos ante la Ley de 2010. (*R. A. R.*)

DERCLAYE, E.: «La jurisprudence de la CJUE en matière de droit d'auteur: évaluation de son impact sur et de sa réception par le droit du Royaume-Uni. Que réserve l'avenir?», *RIDA*, núm. 240, abril 2014, pp. 5-117.

La autora analiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y evalúa su impacto en el Derecho del Reino Unido, especialmente en lo que se refiere a la noción de obra y a la condición de originalidad. (*C. J. D.*)

LUBERTI, A.: «Fecondazione eterologa, norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: i nuovi diritti presi sul serio - nota a C. cost. ord. 7 giugno 2012 n. 150», *GC*, 2013, núms. 11-12, pp. 2327-2339. (*M. R. D. R.*)

MARZANO, P.: «Une protection mal conçue pour un produit bien conçu: l'Italie et sa protection des dessins et modèles industriels par le droit d'auteur», *RIDA*, núm. 240, abril 2014, pp. 119-263.

Análisis de la protección que el Derecho italiano reconoce a los diseños y modelos industriales, haciendo especial hincapié en las cuestiones más controvertidas. Se estudia en particular la evolución hacia el reconocimiento de estas obras como bienes protegidos por el derecho de autor. El autor compara la jurisprudencia italiana con la estadounidense (que considera como un modelo afín al italiano) y la francesa (que considera que sigue un modelo opuesto al italiano). (*C. J. D.*)

MORASSUTTO, L.: «Le tante facce dell'omofobia: una sentenza recente della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di refugiati omosessuali», *NGCC*, 2014, núm. 6, pp. 566-572.

Artículo que analiza la materia de la discriminación por razón de la condición sexual a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2013, caso en que tres inmigrantes de origen africano solicitan permanecer en territorio holandés como refugiados, temiendo ser perseguidos, en sus respectivos países, a causa de su homosexualidad. (*Alma R. G.*)

SCALERA, A.: «La libertà di cura dopo oltre un decennio dal “Caso di Bella”. Riflessioni a margine di alcuni interventi giurisprudenziali sulle terapie non convenzionali», *NGCC*, 2014, núm. 10, pp. 961-969.

Artículo elaborado a partir de los pronunciamientos de dos tribunales italianos (la sentencia del Tribunal de Lecce de 16 de enero de 2014 y del Tribunal de Bari de 13 de febrero de 2014), que reconocen el derecho del paciente a tener acceso a los cuidados que están fuera del denominado «circuito sanitario oficial». (Alma R. G.)

SIRINELLI, P.: «Chronique de Jurisprudence: Action en contrefaçon», *RIDA*, núm. 240, abril 2014, pp. 265-397.

Crónica de la jurisprudencia sobre derecho de autor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde 2013. (C. J. D.)

VENUTI, M.C.: «Novità e prospettive della normativa in materia di trapianti d’organo», *NGCC*, 2014, núm. 6, pp. 305-318.

La directiva n. 210/53/UE, referida a la circulación e intercambio de órganos humanos con el fin de la realización de trasplantes en el territorio de la Unión Europea, establece ciertas condiciones dirigidas a asegurar la calidad y la seguridad de los trasplantes en garantía de los derechos fundamentales (salud e integridad psico-física, dignidad, intimidad) de las personas directamente involucradas, como son el donante y el receptor. El objeto de este artículo es el estudio de las novedades introducidas en el ordenamiento italiano en esta materia a través de la Ley de 24 de diciembre de 2012 n. 228, que traspone la directiva; en especial, la voluntariedad de las donaciones de órganos de donantes vivos y fallecidos y su no remuneración. (Alma R. G.)

PERSONA JURÍDICA

DI NAPOLI, E.: «Associazioni sportive e impiego degli allievi come “aiutanti”: natura e forme della responsabilità», *NGCC*, 2014, núm. 6, pp. 544-551.

Comentario de la sentencia del Tribunal de Trieste de 28 de octubre de 2013 que versa tanto sobre la responsabilidad de las personas que actúan en nombre y por cuenta de una asociación no reconocida como sobre la responsabilidad de la asociación por los daños causados por el hecho de sus auxiliares (en concreto, de los estudiantes empleados como ayudantes en una asociación deportiva). (Alma R. G.)

TAGLIASACCHI, E.: «Autonomia delle associazioni professionali e società tra professionisti», *NGCC*, 2014, núm. 7-8, pp. 575-580.

Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 14 de febrero de 2014 sobre la subsistencia de legitimación activa en favor de una asociación profesional respecto a los créditos surgidos por la actividad prestada por los profesionales individuales. (Alma R. G.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ADILARDI, G.: «L'erronea identificazione dell'oggetto nel contratto agrario - una tutela doublé face per le parti e per l'avente diritto alla prelazione - osservazione a Cass. 12 marzo 2013 n. 6116», *GC*, 2013, núm. 10, pp. 2043-2044. (M. R. D. R.)

AFFERNI, G.: «Recenti sviluppi nell'azione di classe», *CI*, 2013, núm. 6, pp. 1275-1292.

Artículo que informa de la sentencia del Tribunal de Nápoles de 18 de febrero de 2013, que ha estimado, por primera vez en Italia, una acción de clase promovida por un consumidor frente a una empresa. Un grupo de consumidores había adquirido un paquete turístico, “todo incluido”, para un viaje a Zanzíbar. El albergue no era conforme a la información que habían recibido antes de la partida. El Tribunal sostiene que el vendedor del paquete turístico ha incumplido las obligaciones que había asumido y le condena al resarcimiento del daño no patrimonial por frustración del disfrute vacacional, a favor de los consumidores que habían promovido la acción y de los consumidores que, encontrándose en una posición similar respecto a aquellos, se habían adherido a la iniciativa judicial. (Alma R. G.)

AIELLO, G.F.: «La responsabilità del Ministero per omessa vigilanza sull'attività di raccolta e distribuzione di sangue ed emoderivati», *NGCC*, 2014, núm. 7-8, pp. 664-672.

Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 23 de enero de 2014 sobre daños causados por sangre infectada: el Ministerio de Sanidad responde por el incumplimiento del deber de comprobación de la sangre y no por el ejercicio de una actividad peligrosa. (Alma R. G.)

ALBIGUES, CH: «L'obbligation d'exploiter un bien», *RTDC*, 2014, núm. 4, pp. 795-816.

Estudio a propósito de la obligación de un sujeto de explotar un determinado bien derivado del negocio jurídico. (R. A. R.)

ANDREOTTI, G.: «Lo svantaggio del rappresentato nella disciplina del conflitto di interessi», *NGCC*, 2014, núm. 6, pp. 286-304.

Artículo que persigue reflexionar sobre la relación existente entre el conflicto de intereses y la desventaja sufrida por el representado en los artículos 1394 y 1395 del código civil italiano. Es preciso comprender si, y dentro de qué límites, la desventaja del representado puede tener relevancia en la configuración del conflicto de intereses y de este modo incidir sobre la anulación del contrato estipulado por el representante. (Alma R. G.)

ANTONUCCI, A.: «*Class action* bancaria: considerazioni sulla prima vittoria consumeristica», *NGCC*, 2014, núm. 7-8, pp. 587-593.

Comentario de la sentencia del Tribunal de Turín de 10 de abril de 2014 que admite por primera vez la acción de clase en el ámbito bancario, después de haber sido admitida en el sector de los viajes turísticos y de la publicidad engañosa. (Alma R. G.)

ASTONE, A.: «Prelazione e riscatto. Destinazione d'uso degli immobili: a rilevare non è il dato formale - nota a Cass. 16 maggio 2013 n. 11964», *GC*, 2013, núms. 11-12, pp. 2394-2401. (*M. R. D. R.*)

BOZZI, L.: «Rinuncia al risarcimento del danno (prevedibile) e successiva richiesta risarcitoria», *NGCC*, 2014, núm. 7-8, pp. 677-684.

Comentario de la sentencia del Tribunal de Belluno de 6 de marzo de 2014 relativo a la renuncia al resarcimiento del daño, su admisión y los límites a la misma. (*Alma R. G.*)

BRUGGEMEIER, G.: «Risarcimento del danno da prodotto implantato difettoso. Due rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia Europea», *RDC*, 2014, núm, 5, pp. 1056-1073.

Reflexiones sobre la aplicación de la normativa de productos defectuosos y resarcimiento del daño, en contratos con consumidores que implican o pueden conllevar daños a la integridad física, a propósito de una cuestión preju-dicial elevada por los tribunales alemanes a la Corte Europea de Justicia, en un supuesto de implantación defectuosa de marcapasos en pacientes con enfermedades del corazón. (*M. R. D. R.*)

BUSSET, G.: «Registrazione tardiva della locazione e sanzioni civili: interviene la Corte costituzionale», *NGCC*, 2014, núm. 9, pp. 762-775.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2014 n. 50, que tras tres años de la promulgación del Decreto Legislativo n. 23/2011 de 14 de marzo, declara inconstitucional algunos de los aspectos civiles más discutidos y significativos de la normativa arrendaticia. En concreto, considera inconstitucional los párrafos 8.^º y 9.^º del artículo 3 del citado decreto en cuanto prevén una nueva determinación *ex lege*, muy gravosa para el arrendador, de los elementos esenciales del contrato de arrendamiento de uso de vivienda (renta y duración) en los casos de inscripción tardía y de simulación objetiva del mismo. (*Alma R. G.*)

CARBONE, E.: «Obbligo informativo del medico e qualità professionali del paziente - nota a Cass. 20 agosto 2013 n. 19220», *GC*, 2013, núms. 11-12, pp. 2349- 2353. (*M. R. D. R.*)

CAPURRO, T.: «La clausola di *ius variandi* tra giudizio di validità e sindicato sull'esercizio del diritto», *CI*, 2013, núm. 6, pp. 1341-1378.

Artículo que profundiza en las razones existentes para pactar la cláusula del *ius variandi* y en el juicio de validez de tal cláusula. (*Alma R. G.*)

CARTONI, C.: «Il giudice civile e la responsabilità sanitaria», *GC*, 2013, núm.10, pp. 531-544.

Estudio de la responsabilidad civil por daños infligidos en el ámbito de los servicios sanitarios. La responsabilidad por fallos médicos desde la perspectiva contractual: consentimiento informado, carga de la prueba, relación de causalidad y resarcimiento de los daños. (*M. R. D. R.*)

CASTON/AJACCIO/PORTE: «Inlassablement: défaut du pouvoir du syndic et responsabilité décenale», *RDI*, 2014, núm. 10, pp. 511-514.

Vicios y defectos en la construcción. Responsabilidad de los intervenientes en el proceso y seguro de responsabilidad civil. (R. A. R.)

CORALLO, S.: «Criteri ermeneutici e sindacato di legittimità nell'interpretazione del contratto», *NGCC*, 2014, núm. 7-8, pp. 619-625.

Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 11 de marzo de 2014 sobre jerarquía de los criterios de interpretación de un contrato y la búsqueda del criterio de la «común intención de las partes contratantes». (Alma R. G.)

CORDOPATRI, S.: «Atto dispositivo del comunista e rappresentanza implicata», *RDC*, 2014, núm, 4, pp. 856-897.

Análisis de la validez de los actos de los comuneros sin la autorización o poder de representación de los copartícipes, a propósito de una sentencia del Tribunal Supremo italiano sobre los efectos de validez y eficacia de un contrato de arrendamiento celebrado por un comunero sin el consentimiento ni conocimiento del copropietario. (M. R. D. R.)

COSTANZA, M.: «Contratto nullo: quanto tempo per la domanda di risarcimento? - osservazione a Cass. 16 maggio 2013 n. 11933», *GC*, 2013, núm. 10, pp. 2002-2003. (M. R. D. R.)

— «Obblighi del venditore e apparenze per il compratore - nota a Cass. 8 aprile 8500 n. 10235», *GC*, 2013, núms. 11-12, pp. 2440-2441. (M. R. D. R.)

D'APREA, C.: «Particolari ipotesi di responsabilità degli arbitri», *GC*, 2013, núms. 11-12, pp. 747-769.

Reflexiones sobre el rol, función y responsabilidad en relación a diferentes supuestos de actuación arbitral en el ámbito de obligaciones y contratos. (M. R. D. R.)

ENGEL, M./STARK, J.: «Verbraucherrecht ohne Verbraucher?», *ZEuP*, núm. 1, 2015, pp. 32-51.

Los autores se plantean una cuestión ya ampliamente debatida dentro del llamado Derecho del consumo, cual es si la protección especial de una de las partes contratantes tiene que venir por el papel que desempeña en la relación (consumidor), o bien por la diferencia estructural de la posición de una y otra parte contractual, sea o no consumidor. Para argumentar su tesis de que lo relevante es la diferencia de poder entre una y otra parte contractual, los autores se apoyan en las investigaciones de las ciencias del comportamiento. (M. G.-R.)

FAMULARO, L.: «La responsabilità del medico nella diagnosi prenatale delle malattie genetiche - nota a Cass. 2 ottobre 2012 n. 16754», *GC*, 2013, núm. 10, pp. 2119-2126. (M. R. D. R.)

GAMBINO, F.: «La metamorfosi dell'obbligazione naturale», *RDC*, 2014, núm, 5, pp. 1013-1024.

Notas sobre la eficacia y regulación normativa de las obligaciones naturales: relación con las fuentes del derecho y los criterios de proporcionalidad y atribuciones patrimoniales. (M. R. D. R.)

HEUGAS-HARRASPEN/SALVANDY: «La loi de 17 mars 2014 modifiée relative à la consommation et le renforcement de la protection du consommateur immobilier», *RDI*, 2014, núm. 12, pp. 608-623.

Estudio a propósito de la Ley 2014-344 sobre protección al consumidor que modifica gran parte del Código de consumo francés. La protección del consumidor de bienes inmuebles. (R. A. R.)

JANAL, R. M.: «Unlautere Geschäftspraktiken und unwirksame Geschäftsbedingungen – zu den Wechselwirkungen zwischen UGP-Richtlinie und Klauselrichtlinie», *ZEuP*, núm. 4, 2014, pp. 740-761.

La Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»; en la abreviatura alemana, UGP-RL) y la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (AGB-RL, en la abreviatura alemana) tienen claros paralelismos, que plantean la cuestión de si es necesaria una coherente interpretación de ambas directivas, es decir, si un mismo supuesto de hecho necesitan una solución única en ambos cuerpos legislativos. Para la autora, a la vista de los distintos ámbitos regulatorios y principios armonizantes de las directivas, una condición negocial ineficaz no representa normalmente una práctica negocial desleal. Por el contrario, el control de las condiciones generales de la contratación puede ser introducido en ciertos casos como instrumento para sancionar engaños al consumidor, en la medida en que el contrato no se acomoda a sus expectativas justificadas. (M. G.-R.)

IANNONE, R.: «Responsabilità medica per omessa o tardiva diagnosi di malformazioni fetali», *GC*, 2013, núms. 11-12, pp. 711-732.

Observaciones sobre la responsabilidad médica en errores o retraso en el diagnóstico de malformaciones fetales, en relación al concebido y no nacido y derechos de los progenitores. (M. R. D. R.)

KRESSE, B.: «Schadenersatzansprüche mittelbar Geschädigter nach deutschem und französischem Zivilrecht», *ZEuP*, núm. 3, 2014, pp. 504-537.

Estudio comparado entre el Derecho alemán y el francés sobre los daños causados mediáticamente, y la reacción de los respectivos ordenamientos. Ejs. de daño causado mediáticamente son los de los parientes del fallecido en accidente, el empleador de esa misma persona; o, si tomamos como ejemplo una sociedad anónima, la acción ilícita del presidente que puede causar daños a los accionistas.

En Derecho alemán rige en principio el sistema de las tres pequeñas cláusulas generales (v. §§ 823 y 826), en virtud de las cuales sólo puede solicitar indemnización el que sufre directamente el daño, salvo excepciones. Por el contrario, el art. 1382 del *Code* tiene una gran amplitud, lo que permite con mucha más facilidad la recuperación de esos daños indirectos. Por el contrario, en Alemania se ha tenido que acercar tales daños al ámbito contractual para que estén amparados por alguna norma. (M. G.-R.)

LAS CASAS, A.: «Potestatività della condizione e qualificazione dei comportamenti strumentali all'avveramento», *NGCC*, 2014, núm. 10, pp. 866-873.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 sobre la validez de la cláusula que subordina el pago de la compensación a un profesional, en un contrato de obra intelectual, a un evento futuro e incierto. (Alma R. G.)

LE GAC PECH, S: «Bâtir un droit des contractants vulnérables», *RTDC*, 2014, núm. 3, pp. 581-590.

Los problemas de protección a una de las partes del contrato en determinados supuestos. Ruptura de la igualdad y necesidad de un equilibrio. (R. A. R.)

LOISEAU, G: «Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels», *RD*, 2014, núm. 39, pp. 2252-2259.

El contrato de donación de órganos como contrato real. Particularidades frente a la concepción tradicional. (R. A. R.)

MATTIONI, M.: «Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti», *RDC*, 2014, núm. 3, pp. 567-596.

Observaciones en relación a la doctrina italiana sobre aplicación del principio de equidad en materia contractual y comparación con la función de estos principios en los proyectos de unificación de la normativa contractual europea: *Principles of European Contract Law* y *Draft Common Frame of Reference*.. (M. R. D. R.)

MAUGERI, M.: «Il contratto di rendimento energetico e i suoi "elementi minimi"», *NGCC*, 2014, núm. 9, pp. 420-425.

Artículo relativo, entre otros temas, a la consecución de la eficiencia energética a través de la incentivación del uso del contrato de rendimiento energético, a la definición de contrato de rendimiento energético y a los elementos mínimos para la existencia de este último contrato. (Alma R. G.)

MAYER, L: «La transaction un contrat spécial?», *RTDC*, 2014, núm. 3, pp. 523-546.

La transacción. Estudio sobre su naturaleza jurídica en el momento actual. ¿Contrato consensual? O ¿figura atípica? (R. A. R.)

MAZEAUD, M.: «Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte», *RDC*, 2014, núm. 4, pp. 800-816.

Observatorio de la reforma del Codice Civil en materia de contratos, a propósito de la reforma en el ámbito contractual del Code francés. (M. R. D. R.)

MAZZARIOL, M.: «Il contratto preliminare di preliminare: la parola passa alle sezioni unite», *NGCC*, 2014, núm. 9, pp. 736-741.

Comentario a la ordenanza del Tribunal Supremo italiano de 12 de marzo de 2014, que repiensa la solución dada anteriormente por la sentencia de apelación, cuando esta última declara nulo por defecto de causa el contrato preliminar de preliminar en cuanto no estima merecedor de tutela jurídica el interés de obligarse a obligarse. Para el Tribunal Supremo ha de valorarse el aspecto funcional del negocio: la exigencia de tutelar el contenido real obligatorio manifestado por las partes que se expresa en la obligación de avenirse a la conclusión de un contrato definitivamente vinculante. (Alma R. G.)

MIZZAU, M.N.: «La riduzione equitativa degli interessi moratori sproporzionati nell'attuale mercato del credito», *NGCC*, 2014, núm. 10, pp. 935-942.

Comentario a dos ordenanzas de tribunales italianos sobre la discutida cuestión de la sujeción de los intereses moratorios a la normativa de la usura: aspectos civiles de la nueva ley de usura. (Alma R.G.)

MOURY, J.: «Du prix symbolique au prix négatif ou la divagation des qualifications en matière de vente», *RD*, 2014, núm. 34, pp. 1950-1959.

El contrato de compraventa. Requisitos necesarios para su calificación. El problema del precio indebido: precio simbólico ¿implica compraventa? o ¿inexistencia de precio? (R. A. R.)

MUINZER, T. L.: «The Law of the Dead: A Critical Review of Burial Law, with a View to its Development», *Oxford J. Legal Stud.*, 2014, vol. 34, núm. 4, pp. 791-818.

Original y peculiar artículo que examina los problemas relativos a la normativa inglesa sobre entierros, en relación con la autodeterminación para disponer libremente de los órganos y tejidos humanos a la hora del último desenlace terrenal. El autor reflexiona también sobre su interacción con los derechos al respecto a la vida privada y familiar y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión reflejados en los arts. 8 y 9 del Convenio europeo sobre los derechos humanos. (A. F.)

NAVARRETA, E.: «Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto», *RDC*, 2014, núm. 3, pp. 547-566.

Análisis del principio de igualdad y su aplicación en el ámbito contractual y precontractual. Diferencia entre la oferta privada y la oferta al público en general. Responsabilidad contractual por discriminación de sujetos para contratar. (M. R. D. R.)

NICOLLE, M.: «La fiducie sans transfert de propriété au fiducière», *RD*, 2014, núm. 36, pp. 2071-2077.

La figura de la fiducia implica siempre, en los casos de fiducia «cum creditore» la transmisión de la propiedad. ¿Es posible hablar de fiducia cuando no se transmite la propiedad al fiduciario o estaríamos ante la simulación? (R. A. R.)

OOSTERHUIS, J.: «Damages and the Industrial Revolution in England, Germany and the Netherlands – Damages as Remedy in 18th and 19th Century European Commercial Sales Law», *ZEuP*, núm. 4, pp. 793-823.

Los daños como consecuencia del incumplimiento o no realización de ventas mercantiles tienen ciertas particularidades en el *Common Law*, entre las que se encuentra la ausencia de requerimiento de mora y una preferencia por una valoración «abstracta» de los daños, es decir, la regla del precio de mercado. Los daños como consecuencia en la práctica comercial alemana y holandesa se desarrollaron con características similares durante el siglo XIX. En los casos en que el contrato de venta fijaba una fecha de entrega, no hacía falta requerimiento alguno si el vendedor no entregaba a tiempo. El compra-

dor podía entonces solicitar daños inmediatamente, generalmente por la diferencia entre precio original de compra y el precio de los bienes en la fecha contractual de entrega. La cuestión es si estas características similares de los daños en el *Common Law* y en la práctica comercial en Alemania y Holanda del siglo XIX pueden atribuirse a orígenes económicos similares. (M. G.-R.)

PIZZIMENTI, I.: «Mancata attuazione del proposito indicato dal locatore quale motivo del diniego di rinnovazione e tutela del conduttore», *NGCC*, 2014, núm. 6, pp. 509-515.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 19 de diciembre de 2013 n. 28469, en la que el Tribunal Supremo aborda nuevamente el delicado tema de los instrumentos de tutela del arrendatario existentes cuando el arrendador ha ejercitado, con un pretexto falso, su facultad de denegar la renovación del contrato de arrendamiento. (Alma R. G.)

PORTER, E. G.: «Taking Images Seriously», *Colum. L. Rev.*, 2014, vol. 114, n. 7, pp. 1687-1782.

Reflexión sobre el derecho estadounidense y la necesidad de una regulación exhaustiva de los aspectos jurídicos relativos a las imágenes. Para la autora, debe tomarse conciencia de que en los últimos años la tecnología informática domina tanto la escena social como los recientes mecanismos judiciales. El artículo presenta un profundo análisis del tema, resultando aún más cautivante al aportar imágenes y fotos relativas a los casos analizados.

Se concluye que el creciente protagonismo que asume este fenómeno en los argumentos jurídicos y en las decisiones judiciales impone a los tribunales el desarrollo de cánones de interpretación visual, siendo oportuno regular, con cautela, los aspectos multi-médiales para el desarrollo de una concreta integración de estos medios en el panorama jurídico actual. De lo contrario y a falta de una regulación detallada, se podría poner en peligro la tutela judicial efectiva. (A.F.)

PRIEL, D.: «Tort Law for Cynics», *MLR*, 2014, vol. 77, núm. 5 (septiembre), pp. 703-731.

El objetivo del autor consiste en defender una postura «cínica» del derecho de daños, que se contrapone a la postura tradicional o idealista. Frente a esta última, en que el sujeto debe esforzarse para no incumplir su deber de cuidado, el autor toma partido por aquella definible como «cínica», que contempla la existencia de una obligación legal de pagar daños y perjuicios por incumplimiento de ese deber. El autor muestra que, aunque la teoría idealista sería deseable, en determinados casos es empíricamente inalcanzable o ineficiente por los costes que conlleva y, por este motivo la segunda sería preferible. (A.F.)

RE, R. M.: «Narrowing Precedent in the Supreme Court», *Colum. L. Rev.*, 2014, vol. 114, n. 7, pp. 1861-1911.

Interesante artículo que se centra en el análisis del llamado *narrowing*, que se da cuando se interpreta de manera tan limitada (*narrow*, estrecho) un precedente judicial que termina por no aplicarse, llegando a descartarse el principio del *stare decisis*. El autor constata esta práctica –propia del *common law* y criticada por algunos– operada por la Corte Suprema estadouni-

dense desde el año 2005 y procede a categorizar el fenómeno bajo cuatro caracteres, analizando cada uno de manera detenida mediante casos jurisprudenciales. (A. F.)

RICCHI, F.: «Scritti e riproduzioni informatiche», *NGCC*, 2014, núm. 10, pp. 484-491.

El régimen jurídico de las escrituras informáticas privadas de firma. (Alma R. G.)

RIGLET/TIXIER: «Le bail des locaux en l'état futur d'achavement», *RDI*, 2014, núm. 11, pp. 546-551.

Problemas jurídicos del arrendamiento de locales comerciales sobre plano, sin terminar de construir. (R. A. R.)

ROMANO, D.: «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. n. 83 del 2012», *GC*, 2013, núm. 10, pp. 579-601.

Análisis de los acuerdos negociales de reestructuración de deudas: naturaleza jurídica, estructura, requisitos, efectos, contenido, legitimación procesal, competencia jurisdiccional, excepciones o posibilidad de oposición del acreedor, actos ejecutivos, medidas cautelares, etc. (M. R. D. R.)

ROSSETTI, M.: «Le mille incertezze del risarcimento diretto - nota a Trib. Messina, sez. I, 23 aprile 2012 n. 879», *GC*, 2013, núm. 10, pp. 2233-2235. (M. R. D. R.)

ROUSSEL, J.: «Éléments disociables non destines à fonctionner et assurance construction», *RDI*, 2014, núm. 10, pp. 503-510.

El seguro en el ámbito del contrato de obra de edificaciones. Elementos incluidos y excluidos para el responsable. (R. A. R.)

SABBATELLI, I.: «Risarcimento del danno morale nelle lesioni micropermanenti: possibile compressione dei danni risarcibili e compatibilità con il diritto dell'Unione Europea», *NGCC*, 2014, núm. 9, pp. 795-826.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2014, causa C-371/12, en la que se debaten polémicas cuestiones doctrinales y jurisprudenciales, como las relativas al resarcimiento del daño moral en caso de accidentes de tráfico de los que derivan lesiones calificadas como micropermanentes, al propio concepto de daño patrimonial y a su naturaleza jurídica unitaria. (Alma R. G.)

SCALETARIS, P.: «Ripartizione della responsabilità per le spese comuni di manutenzione straordinaria tra venditore e acquirente dell'unità in condominio - nota a Cass. 2 maggio 2013 n. 10235», *GC*, 2013, núms. 11-12, pp. 2419-2424. (M. R. D. R.)

SCHWARTZ, P. M. & SOLOVE, D.: «Reconciling Personal Information in the United States and European Union», *CLR*, 2014, vol. 102, núm. 4, agosto, pp. 877-916.

El artículo se centra en un estudio comparativo entre las normativas europea y estadounidense relativas al tratamiento de datos personales. Se evidencian esencialmente dos diferencias. Por un lado, las dos tutelas se mueven sobre planos distintos, ya que si en Europa la protección de la intimidad se ve como un derecho fundamental, en Estados Unidos lo que se intenta es evitar el perjuicio del sujeto, propendiendo a un equilibrio entre la intimidad y las transacciones comerciales eficientes. Por otro lado, se constata una importante divergencia en el contenido de ese derecho, la que, para el autor, llegaría a amenazar la estabilidad de la libre circulación de flujos de estos datos a nivel internacional. Partiendo de estos contrastes, el autor postula posibles soluciones para armonizar ambos sistemas.

Sobre la intimidad, pero más bien en relación con la cuarta enmienda, véase en la misma revista, Sklansky, David Alan: «Too Much Information: How Not to Think About Privacy and the Fourth Amendment», *CLR*, 2014, vol. 102, núm. 5, octubre, pp. 1069-1121. (A. F.)

SCOGNAMIGLIO, C.: «Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest)», *NGCC*, 2014, núm. 7-8, pp. 353-361.

Artículo que estudia, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 19 de julio de 2013 (Caso *Cir-Fininvest*), el elemento de la antijuridicidad del daño como presupuesto para que entre en juego la tutela de la responsabilidad extracontractual (*Alma R.G.*)

SZILÁGYI, F.: «Das Zessionsrecht im neuen Zivilgesetzbuch Ungarns», *ZEuP*, núm. 1, 2015, pp. 52-86.

Trabajo sobre la cesión de créditos en el nuevo C.c. húngaro, aprobado en 2013 y que entró en vigor en marzo de 2014. El autor critica la posición restrictiva del texto legal, que sólo permite la cesión cuando el fundamento jurídico del crédito ya existe al pactar el contrato de cesión. Con esta decisión, Hungría se queda fuera de juego desde el punto de vista del Derecho comparado. Y permanece discutible si esa regulación corresponde a las necesidades del comercio y, por tanto, a la principal pretensión del nuevo Derecho de cesión, a saber, la promoción del tráfico de créditos. (M. G.-R.)

TARANTINO, G.: «Forma dei contratti e tutela degli interessi dei contraenti», *NGCC*, 2014, núm. 10, pp. 858-862.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 12 de noviembre de 2013 sobre la finalidad que posee la forma escrita de un contrato como instrumento de tutela del contratante débil, en particular, en el ámbito bancario. (*Alma R.G.*)

TOMAT, E.: «Versamenti in conto corrente cointestato, *animus donandi* e donazione di beni futuri», *NGCC*, 2014, núm. 7-8, pp. 596-604.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 16 de enero de 2014 que versa, entre otras cuestiones, sobre la disciplina de los depósitos bancarios, sobre el ánimo de donar y la prohibición de donación de bienes futuros. (*Alma R. G.*)

VOLOKH, E.: «Tort Law vs. Privacy», *Colum. L. Rev.*, 2014, vol. 114, n. 4, pp. 879-948.

Partiendo del presupuesto que el derecho de daños no sólo tiene la finalidad de proteger la intimidad y privacidad de las personas, sino también limitarla, el autor realiza un profundizado estudio de esta segunda perspectiva.

Se constata que para evitar determinados comportamientos ilícitos, el derecho estadounidense es riguroso en exigir la recopilación o revelación de información sobre sí mismos u otras personas, permitiéndose el empleo de comunicaciones y otros datos almacenados por entidades privadas. Por ello, para que una persona no sea considerada responsable deben adoptarse «*reasonable precautions*» (*Learned Hand's Formula*), las que incluso consideran negligente a quien no haya instalado cámaras de vigilancia. El estudio ahonada de manera crítica en esta temática y en el deber de tener un «cuidado razonable» que, muchas veces, aún más por el cambio tecnológico, se traduce en una presión constante y creciente de investigar, vigilar y revelar. (A.F.)

WACKE, A.: «*Spiel und Wette (insbesondere Sportwetten) in der Entwicklung des europäischen Zivilrechts*», *ZEuP*, núm. 1, 2015, pp. 87-104.

En casi todo el mundo, las demandas basadas en el juego y la apuesta están destinadas al fracaso, ni siquiera son admitidas a trámite; por otra parte, las deudas del juego y la apuesta ya pagadas no son recuperables. Pero una excepción de entidad se encuentra en los ordenamientos de raíz latina, así como en los países de Hispanoamérica. Aquí, las demandas procedentes de apuestas son exigibles si están relacionadas con competiciones de ejercicio físico; a ellas pertenecen los campeonatos de uso de armas. Esta excepción procede –lo que pocas veces se pone de manifiesto– del antiguo Derecho romano. (M. G.-R.)

ZUCCONI, E.: «*Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*», *RTDPC*, 2014, núm. 3, pp. 997-1030.

Reflexiones sobre las cláusulas de sometimiento a laudo arbitral en los contratos con consumidores: desarrollo del procedimiento y efectos. (M. R. D. R.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BELLANI, V.: «*La nozione di attività di comunicazione al pubblico*», *Dir. Aut.*, 2014, núm. 1, pp. 60-68.

Artículo dedicado a la sentencia de la Corte de Justicia C 607/11 de 7 de marzo de 2013 sobre la interpretación del artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2011/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de algunos aspectos del derecho de autor y de los derechos conexos en la sociedad de información en el caso de la difusión vía Internet, por parte de un tercero, de los programas de emisión televisiva comercial a través del «*Live streaming*». (Alma R. G.)

BELLOMO, G. A.: «*DMR tra diritto d'autore e tutela della concorrenza*», *Dir. Aut.*, 2014, núm. 1, pp. 83-117.

Artículo dedicado a los *Digital Rights Management* en la sociedad de información: regulación normativa, los *Digital Rights Management* como

prueba de la interconexión existente entre la propiedad intelectual y la competencia, las medidas técnicas de protección del mercado de los videojuegos.... (*Alma R.G.*)

CACCIAFAGLIA, T.: «La successione legittima e i diritti di uso e abitazione del coniuge superstite: la parola alle sezioni unite – nota a Cass. Sez., un., 27 febbraio 2013 n. 4847», *GC*, 2013, núms. 11-12, pp. 2477-2483 (*M. R. D. R.*)

CARRANO, R.: «Osservazioni sul conflitto tra privilegio del promissario acquirente e ipoteche iscritte anteriormente - nota a Cass. 16 marzo 2012 n. 4195», *GC*, 2013, núm. 10, pp. 2171-2182. (*M. R. D. R.*)

CHAZAL, J. P.: «La propriété: dogme ou instrument politique? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel», *RTDC*, 2014, núm. 4, pp. 763-794.

Estudio teórico sobre la concepción de la propiedad actualmente. Tradicionalmente ha sido el paradigma de los derechos reales. El autor, ve su utilización en el ámbito político y su inclusión como ideología, variando el concepto. (*R. A. R.*)

CONTALDO, A.: «La disciplina giuridica della sala cinematografica alla luce della più recente disciplina normativa», *Dir. Aut.*, 2014, núm. 2, pp. 203-272.

Artículo dedicado a la naturaleza de la sala cinematográfica y a la normativa legal existente en materia de ejercicio cinematográfico. (*Alma R. G.*)

DAPRÀ, S.: «Revocatoria della compravendita immobiliare e riflessi sull'acollo del debito bancario: considerazioni in margine agli artt: 1275 e 1276 c.c.», *RDC*, 2014, núm. 4, pp. 800-816.

Observaciones sobre los efectos de la resolución de contratos de compraventa de bienes inmuebles con garantía hipotecaria y su alcance a las entidades financieras que figuran como acreedores hipotecarios. (*M. R. D. R.*)

D'AMICO, G: «La proprietà destinata», *RDC*, 2014, núm. 3, pp. 525-546.

Reflexiones sobre el derecho de propiedad y su contenido: la facultad de disposición y de uso y disfrute, sus límites y efectos frente a terceros. (*M. R. D. R.*)

DELLI PRISCOLI, L.: «L'usucapione dell'azienda fra ragioni della proprietà e ragioni dell'impresa», *NGCC*, 2014, núm. 7-8, pp. 642-651.

Artículo dedicado a la usucapión de la hacienda que, aunque no está expresamente prevista en la ley, la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 5 de marzo de 2014 sin embargo confirma su existencia, adhiriéndose a la tesis del jurista *Auletta*, según el cual el reconocimiento legislativo de la unidad económica de la hacienda (art. 2555 del código civil) comporta un reconocimiento implícito de todas las soluciones unitarias que no hayan sido excluidas por el legislador de forma expresa: así, normas dadas para las adquisiciones derivativas se aplicarían por analogía a las adquisiciones a título originario, como la usucapión. (*Alma R. G.*)

GUARNERI, A.: «Usucapione, acquisti *a non domino* e Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *NGCC*, 2014, núm. 7-8, pp. 339-352.

Un reciente caso (*Graham v. J.A. Pye Ltd.*), ya examinado por los tribunales del Reino Unido (el 4.2.2000 por la *High Court of Justice* [(2000) Ch. 676], el 6.2.2001 por la *Court of Appeal* [(2002) EWCA Civ. 117] y el 4.7.2002 por la *House of Lords* [(2002) UKHL, 30; (2002) 3 ALL ER 865]) y después debatido, también con diversas soluciones, delante del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre en su sentencia *J.A. Pye (Oxford) Ltd. v. The United Kingdom* de 30.8.2007, ha puesto delante el problema de la compatibilidad de la usucapión con la Convención Europea de los Derechos del Hombre, no sólo respecto a sus presupuestos teóricos, sino también en sus concretas reglas operativas. (*Alma R. G.*)

LAMONICA, E.: «Diritti audiovisivi sportivi e libere utilizzazioni ai sensi dell'art. 70 l. n. 633 del 1941», *GC*, 2013, núm. 10, pp. 545-555.

Observaciones en torno al d. lgs. 9 gennaio 2008 y lal. N. 633 del 1941 en materia de derechos de autor, en relación con los derechos audiovisuales de los actos deportivos. (*M. R. D. R.*)

LÁZARO SÁNCHEZ, E.: «Il contratto di produzione di *film* secondo la legge spagnola della proprietà intellettuale», *Dir. Aut.*, 2014, núm. 2, pp. 273-297.

Artículo que analiza desde el ordenamiento español algunos aspectos relativos al régimen jurídico de la obra cinematográfica: la propiedad intelectual y el disfrute cinematográfico, el registro audiovisual, el contrato de producción de *film* y la cesión presunta en exclusiva de los derechos de disfrute cinematográfico. (*Alma R. G.*)

LONGHINI, S.: «Tra il dire e il fare c'è di mezzo... il piratare! », *Dir. Aut.*, 2014, núm. 1, pp. 69-82.

Artículo que da cuenta de la evolución doctrinal y jurisprudencial italiana que, a pesar de su opinión negativa en un principio, en el momento actual afirma la plena tutela jurídica del acontecimiento deportivo, considerado, por consiguiente, como una obra protegida por el derecho de autor, con todas las consecuencias que ello lleva consigo. (*Alma R. G.*)

MEZZANOTTE, F.: «Garanzie del credito e proprietà industriale: riflessioni sulla collateralization delle licenze esclusive», *RDC*, 2014, núm. 5, pp. 1168-1198.

Estudio del derecho de propiedad industrial y sus efectos como objeto de garantía real de créditos. (*M. R. D. R.*)

PAMPANIN, V.: «Il Comitato AGCOM per le opere digitali», *Dir. Aut.*, 2014, núm. 2, pp. 304-320.

En la deliberación 668/10/CONS de 17 de diciembre de 2010, el AGCOM, además de individualizar las líneas de actuación en materia de tutela del derecho de autor sobre las redes de comunicación electrónica puesta a consulta pública, propone la constitución de una mesa técnica que reúna a todos los sujetos involucrados, con el fin de profundizar en los problemas de aplicación para una eficaz acción en el campo del derecho de autor. Pero

en la ulterior deliberación 452/13/CONS se ha sustituido la mesa técnica por un verdadero y propio comité para el desarrollo de la tutela jurídica de la oferta de obras digitales. (Alma R. G.)

POJAGHI, A.: «*Beni culturali e diritto d'autore*», *Dir. Aut.*, 2014, núm. 1, pp. 149-157.

De gran interés actual el régimen y las formas de circulación y de control de la obra de arte, ubicada entre el derecho de autor y la tutela de los bienes culturales. (Alma R.G.)

QUARTA, A.: «*Cose derelitte*», *RDC*, 2014, núm, 4, pp. 776-786.

Análisis comparativo del Ordenamiento jurídico italiano y el inglés en torno a los efectos que produce el acto del abandono de bienes sobre el derecho de propiedad y su influencia en la regulación de las inmisiones. (M. R. D. R.)

QUIRICONI, G.: «*Note minime in tema di sincronizzazione di opere musicali e di fonogrammi in sceneggiati televisivi o fiction televisive*», *Dir. Aut.*, 2014, núm. 1, pp. 1-34.

En los últimos años las obras musicales y los fonogramas son objeto de una nueva y particular forma de utilización por parte de las empresas comerciales y culturales. Esta nueva modalidad de disfrute consiste en esencia en la combinación de una obra musical o de un fonograma con otro producto diferente, generalmente audiovisual, que en la evolución doctrinal se ha denominado «sincronización». El objeto de este artículo es precisamente la regulación jurídica de los diversos aspectos relativos a la sincronización de las obras musicales y de los fonogramas. (Alma R. G.)

RESCIGNO, P.: «Il “vocabolario” e gli “aggiornamenti”: la durata della tutela», *Dir. Aut.*, 2014, núm. 1, pp. 51-59.

Artículo dedicado a los problemas jurídicos que ha planteado la reelaboración de la obra «Vocabulario» de la lengua italiana tras la muerte del autor y los acuerdos realizados con sus herederos. (Alma R. G.)

RICCHIUTO, S.: «*Falso d'autore, tutela del profumo e del marchio olfattivo*», *Dir. Aut.*, 2014, núm. 1, pp. 138-148.

Artículo dedicado al examen de la tutela jurídica del perfume y de la marca olfativa. (Alma R.G.)

RUSCELLO, F.: «*“Contratti di scambio” e negozi regolamentari in Italia e in Spagna*», *NGCC*, 2014, núm. 10, pp. 468-483.

Con el Decreto Legislativo n. 79/2011 de 23 de mayo, que introduce reformas en materia turística, se ha tomado conciencia de la necesidad de reglamentar las múltiples formas contractuales emergidas y destinadas a realizar funciones más o menos similares a las desempeñadas por el aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, con quien tienan en común la tutela del disfrute por un determinado tiempo de un alojamiento para las vacaciones. (Alma R. G.)

SCALETARIS, P.: «A propósito della proprietà comune delle scale nel condominio- nota a Cass. 21 febbraio 2013 n. 4419», *GC*, 2013, núm. 10, pp. 2047-2051. (*M. R. D. R.*)

— «Ripartizione della responsabilità per le spese comuni di manutenzione straordinaria tra venditore e acquirente dell'unità in condominio - nota a Cass. 2 maggio 2013 n. 10235», *GC*, 2013, núms. 11-12, pp. 2419-2424. (*M. R. D. R.*)

TASSONE, B.: «Illegittima trasmissione di opera cinematografica», *Dir. Aut.*, 2014, núm. 1, pp. 118-137.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 18 de junio de 2013, que versa sobre los problemas planteados por la intromisión ilegítima colectiva sobre la misma obra cinematográfica por parte de varios emisores televisivos, sin que estos últimos tuvieran un título válido para la utilización y el disfrute económico de dicha obra. (*Alma R. G.*)

TRICOIRE, A: «Définir l'oeuvre, le déficit du droit d'auteur», *RD*, 2014, núm. 35, pp. 2007-2013.

Problemas actuales en torno al contenido del derecho moral de autor. La definición o aclaración de la obra ¿Es posible? (*R. A. R.*)

UBERTAZZI, L.C.: «Alcuni dati sui progetti di ingegneria», *Dir. Aut.*, 2014, núm. 1, pp. 35-50.

Artículo dedicado a la tutela jurídica de los proyectos de trabajo de ingeniería, o de otros trabajos análogos que constituyan soluciones originales a problemas técnicos, que han sido introducidos en los artículos 99 ss. de la Ley italiana sobre el Derecho de Autor y en el artículo 2578 del Código Civil. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE FAMILIA

CACCIAFAGLIA, T.: «La successione legittima e i diritti di uso e abitazione del coniuge superstito: la parola alle sezioni unite – nota a Cass. Sez., un., 27 febbraio 2013 n. 4847», *GC*, 2013, núms. 11-12, pp. 2477-2483. (*M. R. D. R.*)

CLARIZIA, O.: «Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione», *RDC*, 2014, núm. 3, pp. 597-625.

Reflexiones sobre la reforma del Derecho de familia en el Ordenamiento jurídico italiano, especialmente en materia de filiación: responsabilidad civil por incumplimiento de deberes como progenitor, acciones de filiación, posibilidad de mantener en secreto la filiación. (*M. R. D. R.*)

D'ALESSANDRO, E.: «Giudizio di separazione e domanda concernente la responsabilità genitoriale ed il mantenimento dei figli stabilmente residenti in altro Stato membro», *NGCC*, 2014, núm. 10, pp. 893-957.

Comentario a la ordenanza del Tribunal Supremo italiano de 7 de abril de 2014 relativo al reglamento comunitario sobre jurisdicción y reconocimiento de decisiones en materia matrimonial y de potestad de los padres sobre los hijos. (Alma R. G.)

DE PAMPHILIS, M.: «La prescrizione dei reciproci diritti patrimoniali dei coniugi separati nelle recenti (e contraddittorie) pronunce della Cassazione», *NGCC*, 2014, núm. 10, pp. 894-902.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 4 de abril de 2014 que mantiene la no aplicabilidad de la figura de la suspensión de la prescripción en el caso de separación personal entre cónyuges, respecto al derecho del cónyuge beneficiario de la pensión de mantenimiento (Alma R. G.)

ENGEL, M.: «Internationale Leihmutterhaft und Kindeswohl», *ZEuP*, núm. 3, 2014, pp. 538-561.

Interesante artículo sobre la maternidad subrogada y los problemas de Derecho internacional privado entre los países que la aceptan y los que no lo hacen. En Derecho alemán tanto el embarazo como la maternidad subrogada están penados por el § 1 Nr. 7 de la Gesetz zum Schutz von Embryonen (ESchG, Ley de Protección de Embriones) y los §§ 13c y 14 b de la Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (AdVermiG, Ley sobre la mediación en la adopción del niño y sobre la prohibición de la mediación de madres sustitutas). No obstante, están excluidos de la sanción penal los padres de deseo y la madre subrogada.

El autor defiende la solución legal de su país porque le parece que es la que corresponde mejor con el interés del menor, ya que obliga al padre de deseo a pasar por un procedimiento de reconocimiento de la paternidad y a la madre por uno de adopción. (M. G.-R.)

ESPOSITO, F.: «Famiglia di fatto e tutela possessoria del convivente», *NGCC*, 2014, núm. 7-8, pp. 654-659.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 2 de enero de 2014 en materia de tutela jurídica del conviviente *more uxorio*: así, la sentencia sostiene que el conviviente *more uxorio* del comodatario de un inmueble destinado a vivienda de la familia de hecho está legitimado, en calidad de detentador cualificado, para el ejercicio de la acción de tutela de la posesión, también si el despojo ha sido realizado por el comodante. (Alma R. G.)

FERRANDO, G.: «Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa», *NGCC*, 2014, núm. 9, pp. 393-408.

Artículo que, tras dictarse la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 10 de junio de 2014, se pregunta cuál es el fundamento constitucional para la prohibición legal de la fecundación heteróloga que existía en este país antes de la promulgación de la citada sentencia. (Alma R. G.)

FRISON-ROCHÉ: «L'impossibilité de réguler l'illicite: la convention de maternité de substitution», *RD*, 2014, núm. 38, pp. 2184-2187.

Los graves problemas que representa la maternidad subrogada en el Derecho francés, similares al Derecho español, como consecuencia de la prohibición legal expresa por ir contra el orden público. Contradicción con la última posición de la CEDH. (R. A. R.)

GATTO, C: «L'intérêt de l'enfant exposé aux violences conjugales», *RTDC*, 2014, núm. 3, pp. 567-580.

La violencia entre los padres influye en el ámbito del menor hasta el extremo de perjudicarlo. Concepto y extensión del interés del menor. (R. A. R.)

GOLDBERG, S. B.: «Risky Arguments in Social-Justice Litigation: The Case of Sex Discrimination and Marriage Equality», *Colum. L. Rev.*, 2014, vol. 114, n. 8, pp. 2087-2153.

Con el presente trabajo la autora ofrece una pormenorizada panorámica sobre la discriminación, tanto sexual como en el más amplio marco del derecho de la familia y del matrimonio. Se plantean las varias argumentaciones y las posibles explicaciones que el sistema jurídico estadounidense ofrece, en relación con estos fenómenos. (A. F.)

GOODWIN, M.: «Fetal Protection Laws: Moral Panic and the New Constitutional Battlefront», *CLR*, 2014, vol. 102, núm. 4, agosto, pp. 781-875.

La autora estudia el fenómeno de la mujer embarazada, con particular atención a las clases sociales no adineradas o de color. Algunas de las actuales leyes estadounidenses autorizan, en determinadas circunstancias, intervenciones de vigilancia policial o médica que provocan la violación del tratamiento de datos sensibles y de la confidencialidad con el paciente. En el extenso artículo, se constata cómo esta situación menoscaba los derechos de la madre embarazada, restringiendo su autonomía y libertad, llegando a generar una diferencia de tratamiento que podría tachar de inconstitucional este tipo de leyes. La referencia es en particular a las *fetals protection laws* que autorizan –con afán protecciónista– intervenciones, muchas veces punitivas y de carácter estatal, para promover la salud del feto. (A. F.)

LUBERTI, A.: «Fecondazione eterologa, norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: i nuovi diritti presi sul serio - nota a C. cost, ord. 7 giugno 2012 n. 150», *GC*, 2013, núms. 11-12, pp. 2327- 2339. (M. R. D. R.)

MOULYN, J: «La “délocalisation procréative”»: fraude à la loi ou habilité permise?», *RD*, 2014, núm. 42, pp. 2419-2422.

Maternidad subrogada buscada en países donde se regula y acepta y vuelta a Francia por la madre con el niño recién nacido. Problemas de inscripción en el Derecho francés. Necesidad de regulación diferente. (R. A. R.)

PIRONE, P.: «La Corte eur. Dir. uomo sul caso *Vallianatos et autres c. Gréce: “patti di vita comune” e discriminazione basata sull'orientamento sessuale*», *NGCC*, 2014, núm. 7-8, pp. 703-712.

Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de noviembre de 2013, que aporta una serie de matizaciones a la precedente jurisprudencia en materia de tutela de la orientación sexual, pero que

sobre todo se centra en los especiales efectos que tal discriminación por razón de la condición sexual produce tanto para el Estado responsable de la violación como para los otros Estados parte de la Convención de los Derechos del Hombre. (Alma R. G.)

SGOBBO, C.: «Il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso; la Cassazione abbandona la qualifica di atto inesistente approdando a quella di non idoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento interno – nota a Cass. 15 marzo 2012 n. 4184», *GC*, 2013, núm. 10, pp. 2183-2191. (M. R. D. R.)

TAMPONI, M.: «Famiglia e lesione degli interessi dei creditori: oltre l'uso strumentale del fondo patrimoniale», *NGCC*, 2014, núm. 6, pp. 277-285.

Artículo que estudia diversas cuestiones relativas al régimen patrimonial de la familia y la vulneración de los intereses de los acreedores: fondo patrimonial y remedios contra el abusivo uso de éste, análisis de otras modalidades de lesión del crédito: acto de disposición, con eficacia o simulado, en sede de separación y relevancia de la posterior reconciliación conyugal.... (Alma R.G.)

WINKLER, S.: «Sull'attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», *NGCC*, 2014, núm. 6, pp. 520-528.

Comentario de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de enero de 2014, que considera que la imposibilidad de inscribir en Italia a la hija nacida con el apellido de la madre, obligando a inscribirla con el paterno, constituye una vulneración del principio de igualdad. En la medida en que tal imposibilidad posee su origen en una laguna legislativa, el Tribunal ha condenado a Italia a emprender las reformas precisas en este concreto punto. (Alma R.G.)

DERECHO DE SUCESIONES

CACCIAFAGLIA, T.: « La successione legittima e i diritti di uso e abitazione del coniuge superstito: la parola alle sezioni unite – nota a Cass. Sez., un., 27 febbraio 2013 n. 4847», *GC*, 2013, núms. 11-12, pp. 2477-2483. (M. R. D. R.)

LUCCI, M.: «Accettazione dell'eredità e ruolo della vocatio - nota a Cass. 8 gennaio 2013 n. 264», *GC*, 2013, núm. 10, pp. 2081-2089. (M. R. D. R.)

RISPOLI, G.: «I nebulosi confini del divieto di patto commissorio», *GC*, 2013, núms. 11-12, pp. 697-709.

A propósito del debate doctrinal y jurisprudencial sobre la prohibición del pacto comisorio. Críticas constructivas. (M. R. D. R.)

SPELTA, G.: «La parificazione dello status giuridico dei figli: una valutazione dei diritti successori alla luce delle esperienze europee. Le disposizioni transitorie», *NGCC*, 2014, núm. 10, pp. 445-467.

Artículo cuyo objeto es el análisis de la evolución de los derechos sucesorios de los hijos en Europa (en especial, en Bélgica, Francia y Alemania). (Alma R. G.)

VIDIRI, G.: «Testamento pubblico: difficoltà di sottoscrizione e capacità di testare - nota a Cass. 23 febbraio 2012 n. 2743», *GC*, 2013, núm. 10, pp. 2204-2217. (M. R. D. R.)

— «La decorrenza del termine di prescrizione del diritto di accettazione dell'eredità: una problematica da sempre discussa – nota a Cass. O gennaio 2013 n. 264», *GC*, 2013, núms. 11-12, pp. 2518-2527. (M. R. D. R.)

VARIA

HELLWEGE, Ph., «Die Rechte der Kanalinseln», *ZEuP*, núm. 4, 2014, pp. 763-792.

Curioso y concienzudo trabajo sobre las islas del Canal de la Mancha, que se agrupan en torno al *Bailiwick* de Jersey y al *Bailiwick* de Guernsey.

Tras estudiar su origen histórico y su peculiar *status jurídico*, el artículo se centra en sus particularidades jurídicas de Derecho privado. En materia de derechos reales y sucesiones se ha seguido tradicionalmente las costumbres normandas, emparentadas con el Derecho francés. En materia de contratos, las obras de Domat y Pothier, pero con una influencia cada vez mayor del Derecho inglés. En cuanto a la responsabilidad extracontractual, se sigue el Derecho de *torts* inglés. Por supuesto, en materia mercantil, sobre todo en lo que se refiere a sociedades (probable razón de ser de esta situación jurídica anómala), el Derecho inglés. (M. G.-R.)

PATTI, S.: «Il testamento olografo nell'era digitale», *RDC*, 2014, núm. 5, pp. 992-1012.

Reflexiones sobre la validez y eficacia del testamento olografo ante las nuevas tecnologías: razones de prueba e identificación, pruebas de caligrafía y sellos, testamento digital, dudas sobre legislación italiana en materia de tutela de la formación de la voluntad testamentaria. (M. R. D. R.)

RENDÀ, A.: «Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio», *RDC*, 2014, núm. 5, pp. 1025-1039.

Reflexiones sobre la figura del matrimonio y las tendencias actuales que la configuran más como un acto contractual que institucional. (M. R. D. R.)

TICHÝ, L., «Das neue ZGB für die Tschechische Republik – Eine kritische Skizze», *ZEuP*, núm. 3, 2014, pp. 467-503.

El 1 de enero de 2014 entró en vigor el nuevo Código civil checo. El autor del artículo se refiere primeramente a la situación antes de la dictadura comunista, en la que básicamente regía el ABGB austriaco. Durante la época comunista hubo dos Códigos civiles, si bien el Derecho mercantil, el del trabajo y el de familia tenían sus propios Códigos.

En el actual han influido la tradición del ABGB (sobre todo en Derechos reales y de sucesiones), el Convenio de Viena sobre Venta Internacional de Mercaderías, el BGB y el *Codice Civile*.

Se ha intentado una unificación del Derecho civil y mercantil, dejando sólo aparte una Ley sobre sociedades mercantiles o corporaciones, y también se ha mantenido independiente el Código del Trabajo. Finalmente, existe una ley especial sobre el derecho de autor. (M. G.-R.)

DERECHO MERCANTIL

DERECHO DE SOCIEDADES

BOLOGNESI, C.: «*Contratto preliminare di trasformazione societaria ed esecuzione in forma specifica: incompatibilità ontologica?*», *CI*, 2013, núm. 6, pp. 1253-1265.

Artículo que se construye a partir de la importante sentencia del Tribunal Supremo italiano de 2 de agosto de 2012, que ha afrontado el problema del contrato preliminar de transformación societaria y de su posible ejecución en forma específica ex artículo 2932 del Código Civil. (Alma R. G.)

D'ARCANGELI, A.: «*Legittimazione dell'azionista tra possesso di un documento e intestazione scritturale*», *RDC*, 2014, núm. 5, pp. 1129-1167.

Reflexión sobre la legitimación de los accionistas para representar a la sociedad, en función del tipo de sociedad y las facultades concedidas a los socios. (M. R. D. R.)

DONDERO, B.: «*L'ordonnance nûm. 2014/863 du 31 juûillet 2014relative au droit des sociétés*», *RD*, 2014, núm. 33, pp. 1885-1894.

Estudio de la Ordenanza de 31 de julio de 2014 en la que el legislador francés regula nuevas formas para simplificar y asegurar la vida de las empresas. (R. A. R.)

WELLER, M.-Ph/BAUER, J.: «*Europäisches Konzernrecht: vom Gläubigerschutz zur Konzernleitungsbefugnis via Societas Unius Personae*», *ZEuP*, núm. 1, 2015, pp. 6-31.

Los grupos de sociedades desempeñan un papel importante en la realidad económica de todos los Estados miembros de la UE. Sin embargo, no hay ni a nivel europeo ni interno un cuerpo de normas que trate específicamente los problemas de los grupos de sociedades. Mientras que la discusión académica tradicional se centraba en los riesgos que representaban los grupos, especialmente para los accionistas minoritarios y los acreedores, un tratamiento moderno se centra más bien en la función facilitadora de un marco legal que autorice el manejo del grupo para implantar una política de grupo coordinada para todas las sociedades secundarias. Este artículo realiza un análisis sobre el régimen legal en Inglaterra, Francia y Alemania y discute el concepto moderno de Derecho de grupos como Derecho que favorece su creación. Finalmente, presenta la reciente propuesta de la Comisión de una directiva sobre una sociedad de responsabilidad limitada de un solo socio (Societas Unius Personae). (M. G.-R.)

CONTRATOS MERCANTILES

BELLOMIA, V.: «La banca diligente e l'assegno bancario firmato dallo stesso soggetto per la società traente e la società beneficiaria», *NGCC*, 2014, núm. 9, pp. 834-842.

Artículo sobre las obligaciones de diligencia y buena fe de la entidad bancaria en la actividad de pago de los cheques bancarios. (*Alma R. G.*)

CAPRARA, A.: «Le "modificazioni soggettive" del contratto di rete: spunti di riflessione», *CI*, 2013, núm. 6, pp. 1379-1404.

Artículo dedicado al régimen jurídico del contrato de red por el crecimiento de las empresas. (*Alma R. G.*)

COSTANTINO, L.: «L'integrazione verticale per contratto nel settore agro-alimentare: fattispecie giuridica e disciplina applicabile», *CI*, 2013, núm. 6, pp. 1448-1471.

Artículo dedicado a varias cuestiones relativas al contrato de integración vertical en agricultura: el empresario agrícola integrado, entre la dependencia económica y la autonomía jurídica; la calificación jurídica del contrato de integración vertical en agricultura en la experiencia jurídica italiana; las fuentes normativas aplicables al contrato de integración vertical en agricultura en Italia y la reciente disciplina sobre cesión de productos agrícolas y alimentarios. (*Alma R. G.*)

SIMONINI, G. F.: «Il contratto di concessione di vendita nel settore automobilistico: Profili evolutivi della nostra giurisprudenza», *CI*, 2013, núm. 6, pp. 1216-1252.

Artículo que versa sobre las decisiones de la jurisprudencia francesa y belga respecto a los contratos de distribución del sector automovilístico y la aplicación de la normativa de la competencia, y sobre los contratos de empresa como categoría general. (*Alma R. G.*)

TORINO, R.: «La nuova disciplina dei contratti e delle relazioni commerciali di cessione dei prodotti agricoli e alimentari», *CI*, 2013, núm. 6, pp. 1424-1447.

Artículo sobre la nueva normativa reguladora de las relaciones comerciales en materia de cesión de productos agrícolas y alimentarios del Decreto Legislativo n. 1 del 24 de enero de 2012: ámbito de aplicación, la forma escrita de los contratos de cesión de los productos agrícolas y alimentarios, los nuevos términos de pago y la normativa de los intereses, los principios de los contratos de cesión de productos agrícolas y alimentarios, las conductas comerciales desleales... (*Alma R. G.*)

ZANARDO, A.: «Contratto di rete di imprese e accesso al credito: considerazioni in materia di rating e di finanziamento», *CI*, 2013, núm. 6, pp. 1405-1424.

Artículo dedicado al contrato de red de empresas y el acceso al crédito: El rating de las empresas adheridas al contrato de red, individualización de

los aspectos valorables a los fines de la valoración del mérito crediticio, productos «dedicados» a las empresas adheridas a un contrato de red, breves consideraciones sobre la valoración del mérito crediticio y financiación de la red en cuanto tal, redes privadas de subjetividad jurídica y acceso al crédito. (Alma R. G.)

DERECHO CONCURSAL

MIOLA, M.: «Profili del finanziamento dell’impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori», *RDC*, 2014, núm, 5, pp. 1079-1128.

Análisis de la validez y eficacia de las fórmulas de financiación de empresas en crisis, en relación con el derecho concursal y la responsabilidad por concesiones abusivas de créditos: responsabilidad gestora y operaciones de recapitalización. (M. R. D. R.)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law
CLR	California Law Review
C. L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
ERPL	European Review of Private Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L. Q. R.	Law Quarterly Review
MLR	Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
RD	Recueil Dalloz
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d’ Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Tex. L. Rev.	Texas Law Review

Tul. L. Rev.
U. Chi. L. Rev.
UCLA L. Rev.
Yale L. J.
ZEuP

Tulane Law Review
University of Chicago Law Review
University of California Los Angeles Law Review
Yale Law Journal
Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

La reorganización del sector azucarero y el derecho del comprador a los frutos de la cosa vendida (Comentario de la STS de 25-4-2014)

LUIS DÍEZ-PICAZO

SUMARIO: I. Los antecedentes del pleito.—II. Los contratos de opción.—III. El ejercicio de la opción de venta por parte de Grupo Torras, S.A. y la impugnación de su validez por parte de Alycesa.—IV. El pleito sobre los frutos.—V. La atribución de los frutos de la cosa vendida al comprador de la misma.—VI. El origen y la explicación de las normas.—VII. El fundamento de la norma que atribuye al comprador los frutos de la cosa vendida.—VIII. Las razones de la desestimación de la demanda.

I. LOS ANTECEDENTES DEL PLEITO

A finales del año 1997 el Gobierno puso en marcha un plan de reorganización del sector azucarero que consistía, aunque ello no resulte fácil de saber, en que las compañías que intervienen en el mercado azucarero fueran en lo sucesivo económicamente más potentes de lo que venían siendo y en que, al mismo tiempo, se recuperaran las acciones que años atrás habían sido vendidas a los grupos económicos kuwaities del grupo KIO a través del Grupo Torras, S.A.

Además se quería que existiera una gran sociedad azucarera española, y que todo el grupo fuera patronizado, por decirlo así, por una sociedad llamada Sociedad Estatal Alimentos y Aceites, S.A. (ALYCESA), que era una sociedad estatal que debía alcanzar una mayoría del capital dentro del Grupo.

Las sociedades que intervinieron en el proceso fueron varias y de muy distinta catadura. Por una parte, se encontraba la citada sociedad estatal ALYCESA; y, además de ella, Grupo Torras, S.A., la Sociedad General Azucarera, S.A., Ebro Agrícolas Compañía de Alimentación, S.A., Puleva, S.A. y quizás alguna otra más que omitimos o que hemos olvidado.

Las operaciones que se realizaron entre sociedades que, como ya se ha dicho, pertenecían al mismo sector económico, fueron muy distintas y se fueron realizando sucesivamente. Tampoco es necesario, según creemos, hacer las cuentas pormenorizadamente, pero para que el lector pueda tener una pequeña idea, citaremos las siguientes:

1.º La venta efectuada por Grupo Torras, S.A. a diferentes sociedades de una parte de las acciones representativas del capital de Ebro Agrícolas Compañía de Alimentación, S.A.

2.º La sociedad Ebro Agrícolas Compañía de Alimentación, S.A., y la Sociedad General Azucarera de España, S.A. aprobaron los acuerdos de fusión de ambas sociedades. La sociedad resultante de la fusión debía llamarse Azucarera Ebro Agrícolas, S.A.

3.º Grupo Torras, S.A. adquirió de Torras Hostench, Ltd. las acciones de que esta sociedad era titular en el capital de Azucarera Ebro Agrícolas, S.A.

4.º Se aprobó también el proyecto de fusión de Azucarera Ebro Agrícolas, S.A. y Puleva, S.A., por absorción de la segunda por la primera. La denominación de la sociedad fue a partir de ese momento Ebro Puleva, S.A.

II. LOS CONTRATOS DE OPCIÓN

No existen grandes referencias a ello en la sentencia, pero sabemos que en relación con los contratos por los que Grupo Torras vendió las acciones de que era propietario en el capital de Ebro Agrícola Compañía de Alimentación, S.A., el día 30 de diciembre de 1997 se celebró un contrato entre Grupo Torras, S.A. y ALYCESA, que era de opción y, al mismo tiempo, de compra y venta, y versaba sobre todo alrededor del resto de las acciones de que el Grupo Torras era titular en Ebro Agrícolas Compañía de Alimentación, S.A., lo que se calculaba entonces en ocho millones veintidós mil ochocientos ochenta y ocho acciones, equivalentes al 16,67 % del total.

En el contrato se contenían las opciones que se habían convenido, al mismo tiempo que las demás condiciones y los precios, y que el derecho del optante se extendiera automáticamente a las acciones que correspondieran a Grupo Torras, S.A. por canje, en el caso de que se produjera una posible fusión de Ebro Agrícolas Compañía de Alimentación, S.A. y la Sociedad General Azucarera de España, S.A.

Como se ha dicho ya, en marzo de 1998, las juntas generales de Ebro Agrícolas Compañía de Alimentación, S.A. y de Sociedad General Azucarera de España, S.A., aprobaron los acuerdos de fusión de ambas sociedades, y poco tiempo después Grupo Torras, S.A., adquirió de Torras Hostench, Ltd. las 700.000 acciones de que ésta era titular en el capital de Azucarera Ebro Agrícolas, S.A.

Igualmente, los respectivos consejos de administración aprobaron el proyecto de fusión de Azucarera Ebro Agrícolas, S.A. y Puleva, S.A. por absorción de la segunda por la primera, fijándose un tipo de canje de una acción de la primera por ocho de la segunda. Posteriormente, las juntas generales respectivas aprobaron la fusión y como nueva denominación la de Ebro Puleva, S.A.

III. EL EJERCICIO DE LA OPCIÓN DE VENTA POR PARTE DE GRUPO TORRAS, S.A. Y LA IMPUGNACIÓN DE SU VALIDEZ POR PARTE DE ALYCESA

El 30 de octubre de 2000, dentro del plazo establecido, Grupo Torras, S.A. ejercitó la opción de venta, comunicando a ALYCESA que optaba por venderle las acciones en los términos convenidos.

Antes de expirar el plazo de quince días previsto para ello en el contrato, concretamente el día 13 de noviembre de 2000, ALYCESA comunicó a Grupo Torras, S.A., que no aceptaba la opción de venta, argumentando que había tenido conocimiento de ciertos datos sobre la situación patrimonial de Ebro Agrícolas Compañía de Alimentación, S.A., que eran ignorados en el momento del acuerdo y que tenían indudable incidencia en el desenvolvimiento del mismo. Al parecer, de ciertas comprobaciones contables que se habían llevado a cabo, resultaba que la gestión no había sido totalmente correcta y que los precios aparecían consiguientemente inflados.

El 14 de noviembre de 2001, la sociedad Grupo Torras, S.A., interpuso contra ALYCESA una demanda pidiendo que la demandada fuera condenada a formalizar y cumplir el contrato de compraventa proyectado en la opción. ALYCESA se opuso a la demanda y formuló reconvenCIÓN, con la pretensión de que fuera anulado el contrato de opción por vicios del consentimiento y falsedad de la causa. Subsidiariamente interesó la reducción del precio pactado, adecuándolo al verdadero valor de la acción en el momento del ejercicio de la opción.

El Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid dictó sentencia, el 31 de marzo de 2003, estimando la demanda y desestimando la reconvenCIÓN. Condenó a ALYCESA a cumplir la opción, mediante la formalización del contrato de compraventa de los nueve millones seiscientos veintisiete mil cuatrocientos sesenta y cinco acciones representativas del capital de Ebro Puleva. Se hizo extensiva la condena a las acciones representativas de parte del capital de Ebro Puleva, S.A., que había adquirido Grupo Torras, S.A., sin realizar desembolso alguno en el momento de la absorción de Puleva por Azucarera Ebro.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 21 Madrid fue apelada por ALYCESA, pero, finalmente, resultó confirmada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid mediante sentencia de 6 de junio de 2005.

En ejecución de esta sentencia, que quedó firme, el 27 de septiembre de 2005 se formalizó la compra por ALYCESA de las acciones objeto de la opción, por el precio pactado más el interés convenido. ALYCESA, como compradora, manifestó que no renunciaba a su derecho a los frutos producidos por las acciones, si bien no podía reclamarlos en ejecución de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid, porque este no se había pronunciado sobre esa cuestión, que no había sido discutida.

Finalmente, el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid dictó un auto de 2 de diciembre de 2005, teniendo por formalizado el referido contrato de compraventa del anterior día veintisiete de septiembre.

Producido en los términos descritos el primer pleito, conviene detenerse un momento para formular alguna opinión sobre la posible calificación de la actitud de ALYCESA en relación con la opción de venta como incumpli-

miento de las obligaciones derivadas para dicha sociedad de este tipo de negocios jurídicos.

Hemos señalado que la impugnación tenía algún fundamento, pues se discutía sobre las prácticas contables y sobre su repercusión en el valor asignado en el contrato de opción a las acciones, lo que en términos jurídicos se traducía en la existencia de vicios del consentimiento y de falsedad de la causa, y en la pretensión subsidiaria de reducción o reajuste del precio acordado.

Nosotros entendemos que el hecho de haber impugnado la validez de la opción de venta no puede ser considerado como incumplimiento. Ante todo, porque en sentido estricto no lo es, pero, además, porque solo en aquellos casos en que fuera reconocible la falta completa de fundamentación de las pretensiones ejercitadas, podría colocarse la situación en paralelo con la de un pretendido incumplimiento. No ocurre así en los demás casos, en los que lo que hay es un ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva respecto de la existencia de posibles vicios de voluntad o de cosas parecidas. De esta suerte, llegamos a la conclusión de que la postura de ALYCESA en relación con la impugnación de la venta no es distinta de la de los demás posibles litigantes, y que nada se le puede reprochar por haber mantenido esa postura, de suerte que todo quedaría pendiente de lo que hubieren decidido al respecto las sentencias que en relación con ello pudieran haber recaído.

Por otra parte, de los antecedentes que pueden resultar conocidos a través de la sentencias, resulta también que ALYCESA, en cumplimiento de la sentencia, había puesto fin a la situación anómala creada por la impugnación: había formalizado la compraventa y había satisfecho el precio pactado con sus intereses, por lo que hay que considerar que habían quedado purgadas las anomalías anteriormente existentes.

IV. EL PLEITO SOBRE LOS FRUTOS

Consumado el contrato de compraventa y el consiguiente cambio de titularidad de las acciones objeto del mismo, ALYCESA interpuso contra Grupo Torras, S.A., una demanda que es el origen de la sentencia del Tribunal Supremo que motiva este comentario.

La demanda de ALYCESA contra Grupo Torras, S.A., pretendía, en lo que ahora resulta relevante, que la entidad demandada fuera condenada a entregarle el importe de los dividendos que había percibido por las acciones objeto de la opción, durante los ejercicios correspondientes al tiempo transcurrido desde que Grupo Torras, S.A., exteriorizó y le comunicó la voluntad de vender –es decir, desde que puso en vigor la proyectada compraventa y quedó obligada a la transmisión– hasta que, efectivamente y como socia se convirtió en titular del derecho al dividendo, tras la formalización de la referida compraventa de acciones. Entendía ALYCESA en su demanda que tales dividendos eran «frutos» de la cosa vendida y que por ello pertenecían a la compradora «desde el día en que se perfeccionó el contrato» (art. 1468 II, en relación con el artículo 1095, ambos del Código Civil).

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión de ALYCESA y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por Grupo Torras, S.A. Entre sus razonamientos se encontraba, según resume la sentencia que ahora comentamos, el siguiente: «pese a que la legis-

lación mercantil impide hacer efectivo ese derecho hasta que se adquiere la condición de accionista, es decir, que solo a partir del 13 de febrero de 2006 Alycesa pudo reclamar los frutos de esas acciones, hay que tener en cuenta que la perfección del contrato de compraventa tuvo lugar con el ejercicio de la opción el 31 de octubre de 2000 y, desde ese momento, Alycesa tiene derecho a los frutos de las acciones, por cuanto el artículo 1095 del Código civil anticipa el nacimiento del derecho de crédito sobre los frutos, haciéndolo coetáneo con el nacimiento de entregar la cosa –el momento de perfección de la compraventa– no desde que sea exigible, y ello porque, como hemos dicho, perfecto el contrato los beneficios y riesgos de la cosa fructífera corren a cargo o en beneficio del adquirente».

Grupo Torras, S.A., interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, fundado en un único motivo, que denunciaba la infracción de las normas contenidas en los artículos 1095 y 1468 del Código civil, en relación con las de los artículos 1100, 1101 y 1124 del mismo cuerpo legal.

El Tribunal Supremo, en la sentencia que da pie a este comentario, estimó el recurso y, consiguientemente, dejó sin efecto la condena establecida por la sentencia del Juzgado referida a la obligación de entrega de los dividendos de las acciones objeto del contrato de opción.

V. LA ATRIBUCIÓN DE LOS FRUTOS DE LA COSA VENDIDA AL COMPRADOR DE LA MISMA

Es esta una regla que podemos llamar tradicional, que en nuestro Derecho apareció en el Proyecto de 1851, y que después ha pasado al Código civil, donde la recogen algunos preceptos legales, y lo hacen, además, de forma reiterada.

Debemos señalar también, que la misma regla debe considerarse como tradicional en el Derecho europeo de corte occidental. Aparece en el artículo 1.614 del Código civil francés, donde se puede leer que «la cosa debe ser entregada en el estado en que se encuentre en el momento de la venta» y que después de este momento, todos los frutos pertenecen al adquirente.

Concuerda el artículo 1.614 con el artículo 1.652, que pone a cargo del comprador el interés del precio de la venta hasta que haya sido pagado el capital entre otros casos «si la cosa vendida y entregada produce frutos u otros ingresos».

En un sentido similar se sitúa el artículo 1.477 del Código civil italiano de 1948. Según reza en su párrafo segundo, «salvo diversa voluntad de las partes, la cosa debe ser entregada con sus accesorios, pertenencias y frutos desde el día de la venta». El precepto añade que «el vendedor debe también entregar los títulos y documentos relativos a la propiedad y al uso de la cosa vendida».

Por lo que respecta al Código civil español, se pueden hacer las siguientes observaciones.

1.º Se encuentra, en primer lugar, el artículo 1.095, según el cual «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada». Se trata, claramente, de un precepto de amplio espectro. Se

observará que la atribución de los frutos no se hace a una de las partes del contrato de compraventa, sino al «acreedor»; por ello hay que recordar que no se trata de una regla especial del contrato de compraventa, sino de una norma incardinada en la parte general del Derecho de obligaciones. La persona a quien hay que llamar acreedor, lo es de la entrega de la cosa. Por consiguiente, en el contrato de compraventa es un comprador. Pero puede aplicarse también, por supuesto, a todos los demás acreedores de entrega que sea una entrega traslativa. Se observará igualmente que el precepto delimita los frutos a que se tiene derecho, y son todos aquellos que aparecen desde el momento en que nace o surge con eficacia jurídica la obligación de entregar la cosa.

Como ha sido señalado, el deudor de los frutos es quien sea poseedor de la cosa hasta el momento en que se realiza la entrega. Es también característico de este precepto y de los que con él concuerdan, que el legislador haya tenido la preocupación por resolver no solo el problema de la obligación o del efecto jurídico de atribución de los frutos, sino también el problema del momento de adquisición del derecho sobre ellos, lo que significa coordinar estos preceptos con los relativos a la *traditio* como momento traslativo. El precepto claramente dice que el derecho sobre los frutos se adquiere desde el momento en que la entrega ha sido realizada.

2.º El segundo de los preceptos que hay que traer a colación es el artículo 1.468 CC, que aparece, este sí, dictado en sede de regulación del contrato de compraventa. Establece la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida al comprador, y de hacerlo en el estado en que la cosa se encontrara en el momento de la perfección del contrato. Esa regla va acompañada por otra que dice lacónicamente que «todos los frutos pertenecerán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato».

VI. EL ORIGEN Y LA EXPLICACIÓN DE LAS NORMAS

No resulta fácil en momento alguno, proporcionar una fundamentación suficiente de las normas que se acaban de citar y tampoco de su origen o de su interpretación.

Se ha dicho que García Goyena concordó los arts. 1.614 del Código civil francés, 1.621 del sardo, 1.517 del holandés, 1.145 del Cantón de Vaud, 2.465 del de la Luisiana y 1.460 del napolitano. García Goyena nos proporciona además como antecedentes de la regla, dos textos romanos: el primero pertenece a Digesto 18, 6 (*de periculo et commodo rei venditae*), donde el fragmento 7, que recoge un texto de Paulo (*Paulus lib. 5 ad Sabinum*), que dice así:

«*Id, quod post emptionem fundo accessit per alluvionem vel periit, ad emptoris commodum incommodumque pertinet; nam et si totus ager post emptionem flumine occupatus esset, periculum esset emptoris: sic igitur et commodum eius esse debet. Quod venditur, in modum agri cedere debet, nisi si id actum est, ne cederet; at quod non venit, in modum cedendum, si id ipsum actum est, ut cederet, veluti viae publicae, limites, luci qui fundum tangunt: cum vero neutrum dictum est, cedere non debet, et ideo nominati caveri solet, ut luci, viae publicae, quae in fundo sint, totae in modum cedant.*»

La traducción tal y como aparece en la versión castellana que fue obra de A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, literalmente trascrita dice lo siguiente:

«Aquellos que después de la compra acreció al fundo por aluvión y aquello que pereció, corresponde, el riesgo o beneficio, al comprador. Así también, si después de la compra todo el terreno hubiese sido ocupado por el río, el riesgo será del comprador y, por consiguiente, también el beneficio deberá pertenecerle o corresponderle.

Todo lo que se vende debe entrar en la cabida declarada del fundo a no ser que se haya convenido que excediese; en cambio, lo que no se vende únicamente ha de entrar en la cabida declarada si se estableció precisamente que entraba; por ejemplo, la vías públicas, límites y bosques contiguos al fundo; cuando no se dijo ni una cosa ni otra, no deben entrar y, por ello, suele darse caución expresa de que los bosques y vías públicas que están en el fundo entran todos en la cabida.»

El segundo texto es del Código de Justiniano (4,49,13 y 16), dice que los frutos obtenidos después de la perfección del contrato corresponden al comprador a quien corresponde el disfrute del gravamen:

«*Fructus post perfectum jure contractum, emptoris spectare personam convenit, ad quem et fructionum gravamen pertinet.*»

Se recoge también en Partidas (5,5,23):

«Otrosi dezimos, que complida seyendo la vendida, en alguna de las maneras que de suso diximos, que la pro que después viene a la cosa comprada, seria del comprador: maguer la cosa non fuese pasada a su poder. E esto seria como si ouiesse comprado alguno campo, o viña, e después que la vendida fuese fecha, auenidas de ríos acreciessen la cosa comprada en alguna partida de tierra en que auiniessen arboles, o otra cosa, porque se mejorasse: otrosi quando la vendida fuese acabada, vale la cosa cien maraudedis, e después desso por mudamiento de la condicion del tiempo valiesse dozentos maraudedis o mas: ca quanto quier que se mejorasse la cosa, después que la vendida sea cumplida en estas maneras sobre dichas o en otras semejantes dellas: toda la mejoria sera del comprador. Ca guisada cosa es, que como a el pertenesce el daño segund diximos, si la cosa se perdiesse, o se empeorasse, que le pertenezca otrosi la mejoria que en ella viniere.»

De estos textos parece desprenderse la idea de que las normas que atribuyen los frutos de las cosas vendidas al comprador tienen por objeto compensar a este último de los riesgos en que le coloca la regla *periculum est emptoris*, de suerte que se vea en la necesidad de cumplir las obligaciones por él asumidas sin percibir a cambio aquello que inicialmente podía haber pensado. Esta tesis parece haber sido en algún momento recibida por la

jurisprudencia del Tribunal Supremo, y así en la STS de 6 de octubre de 1956, se decía que «es lógico que las utilidades sean justamente compensadas con los riesgos». En esta misma idea insiste la sentencia del Tribunal Superior de justicia de Navarra de 28 de junio de 1995: «el Fuero Nuevo viene a seguir decididamente en este particular la orientación trazada por el Derecho Romano que, en efecto, situaba a cargo del comprador los riesgos de la cosa vendida y no entregada, según las reglas *res perit emptori* y *periculum est emptoris*, pero también compensaba equitativamente la imputación con la atribución al mismo comprador de los frutos e incrementos habidos por la cosa vendida desde la perfección del contrato (Instituciones 3, 23, 3, Digesto 18, 6, 7; Código 4, 49, 13 y 16), conforme a la regla *commodum est emptori*».

Una actualización de la misma idea, formulada modernamente, aparece en los motivos de la «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos» (Comisión General de Codificación, 2009, apartado XVIII). Se encuentra sin duda escrito por la pluma de A. M. Morales y dice así:

«El que el comprador haga suyos los frutos de la cosa vendida desde el día de la perfección del contrato puede tener justificación en un sistema en el que el riesgo de pérdida o deterioro de la cosa es también suyo desde ese momento; pero no la tiene en un sistema, como el que se propone, en el que el riesgo es del vendedor. Por eso la norma contenida en el párrafo segundo del anterior artículo 1.468 ha sido sustituida por una nueva regulación que se contiene en el párrafo tercero del nuevo artículo 1.452.»

Este artículo 1.452 de la Propuesta dice que: «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». Y más tarde añade: «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.

VII. EL FUNDAMENTO DE LA NORMA QUE ATRIBUYE AL COMPRADOR LOS FRUTOS DE LA COSA VENDIDA

No obstante sus autorizados sostenedores, la argumentación aludida es difícilmente sostenible. La regla *res perit emptoris* seguro que coloca al comprador en difícil situación desde el momento en que se le imputan los riesgos, pero no puede decirse que sea objeto de compensación y menos todavía de compensación con la atribución de frutos, porque la regla por sí sola no produce un daño al comprador, que era solamente el daño derivado de la existencia de tal regla. Habrá un detrimento, una pérdida o un daño según la concreta aplicación en los casos concretos. Por otra parte, hay que observar que si admitiéramos la existencia de esa supuesta compensación, se trataría de un caso único, extraordinario y en ese sentido extravagante, puesto que sería el único caso en que una regla sobre el *periculum* de la obligación contractual produce una especie de suerte de compensación.

Algunos autores, entre los que cabe citar a Badosa (Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia) ponen en conexión la regla de la atribución de frutos con la regla sobre la deuda de intereses del precio, tal como resulta del artículo 1.501 que hace al comprador deudor del interés del precio aplazado cuando la cosa vendida produce fruto o renta, de manera que la finalidad de la norma estaría en impedir que el vendedor perciba una doble utilidad, como es la de la cosa hasta que la entrega, con los frutos de la susodicha cosa y los frutos del precio.

Al lado de estos argumentos, hay otros que permiten situar la regla de la atribución de los frutos en sede de objeto del contrato, es decir, en relación con lo que las partes delimitan como objeto de la compraventa. En este sentido, puede resultar útil reparar en la regla del Digesto y en la ubicación sistemática del artículo 1468 del Código civil, entre las normas que regulan la obligación de entrega (frutos, accesorios, cabida, etc.).

La regla contenida en Digesto, 18, 6,7, se está refiriendo a la modificación experimentada por el fundo que se vendía, cuando se crea una nueva situación por obra del azar, que solo de forma muy aproximada se refiere a posibles riesgos o perjuicios.

Las reglas contenidas en ese pasaje de Digesto parecen ser fundamentalmente tres. La primera es que después de celebrar un contrato de compraventa se hayan producido acrecimientos al fundo vendido sean estos obra de aluvión o de otro fenómeno parecido. La solución es que las modificaciones del fundo producidas sin intervención de ninguna de las partes, acrecen al fundo y son también objeto de la compraventa.

La segunda es la regla contraria. Los sucesos imprevistos han reducido el fundo. Se exemplifica en la hipótesis de que después de la compraventa el terreno hubiese quedado anegado u ocupado por un río.

La tercera regla regula la cabida de la cosa vendida: hace una llamada a lo que sobre el particular pudieran haber dicho las partes y en su defecto establece que todo lo que se vende debe entrar en la cabida declarada.

A nuestro juicio no caben serias dudas en punto a que tanto Digesto 18, 6, 7 como los textos con los que pueda conciliarse, entre ellos el citado artículo 1468 de nuestro Código civil, lo que están haciendo es delimitar el objeto de la compraventa. Supuesto que se trata de cosa compleja, el problema se resuelve dando entrada a lo pactado y declarado por las partes si eso es posible y en otro caso, a lo que debía entenderse por la aplicación de las normas legales, que remiten a su configuración cuando la compraventa se celebró. De manera que si se trata de cosa fructífera, se entiende que los frutos pendientes o por percibir forman parte del objeto vendido.

VIII. LAS RAZONES DE LA DESESTIMACIÓN DE LA DEMANDA

De acuerdo con el razonamiento que hemos tratado de ir siguiendo, la pretensión de los demandantes sobre la atribución de los frutos de las cosas vendidas, parece que tenía que ser estimada. El Juzgado y la Audiencia así lo decidieron. Pero el Tribunal Supremo llega a una conclusión distinta. Tendremos al respecto que observar previamente que los dividendos producidos durante un determinado tiempo anterior a la ejecución del contrato de compraventa, son frutos y frutos civiles. Se encuentran, por consiguiente, sujetos a las normas de los artículos más arriba mencionados, por más que esa con-

clusión que en principio era clara sobre los frutos pendientes, quede por su naturaleza oscurecida, ya que nada hay que los excluya.

Como explica la propia sentencia del Tribunal Supremo, la sentencia recurrida decidió el conflicto que llegó a casación con base en el artículo 1468, párrafo segundo, del Código civil, relativo a la venta de cosas fructíferas, y lo hizo mediante lo que el Tribunal Supremo llama «silogismo formalmente correcto»: siendo que la referida norma dispone que los frutos producidos por la cosa vendida pertenecen al comprador desde el día en que se hubiera perfeccionado el contrato y que la declaración unilateral de la optante, Grupo Torras, S.A., puso en vigor el de compraventa proyectado, desde que dicha sociedad comunicó a ALYCESA que optaba por vender, esta última tenía derecho a los dividendos que, repartidos entre los socios, correspondieron a la vendedora.

Para el Tribunal Supremo, sin embargo, el Tribunal de apelación no dio la significación que merecía al dato de que ALYCESA, tan pronto como Grupo Torras, S.A., le comunicó su voluntad de vender, se hubiera opuesto a comprar, dando causa a que la optante iniciara un proceso a fin de forzarle a ello. Proceso, añade, totalmente justificado, como evidencia el que hubiera terminado con una sentencia estimatoria de la demanda de Grupo Torras, S.A., y desestimatoria de la reconvenCIÓN deducida por ALYCESA.

En relación con este extremo denunciado por la sociedad recurrente en casación, el Tribunal Supremo señala dos cosas que le llevan a estimar el recurso. La primera, que la referencia a la compensación de riesgos que estaría en la base del artículo 1468 II del Código civil, en la tesis de la Audiencia, « pierde su utilidad ante la evidencia –extraída del propio relato de los hechos probados que contiene la sentencia recurrida– de que ALYCESA incurrió en *mora credendi*, ya que el objetivo retraso a ella imputable como acreedora desplazó en su contra, sin necesidad de intimación alguna, el régimen de dichos riesgos –artículos 1096, 1186, 1452, 1589 y 1590 del Código civil–, lo que priva de justificación cualquier compensación de los mismos con el derecho a los frutos».

La segunda razón que aduce la sentencia del Tribunal Supremo se refiere a la alegada por la sociedad recurrente, en el sentido de que «la excepción de contrato incumplido le permitía eludir cualquier reclamación de ALYCESA durante el largo tiempo en que se negó a cumplir la opción». A juicio de la sentencia, el artículo 1468 II es una regla sentada respecto de la obligación pura que es exigible desde que existe como tal (art. 1113 CC), pero esta regla general «admitे excepciones en las que pese a que la obligación de entregar la cosa existe –y el deudor está vinculado–, la misma no puede reclamarse y el objeto del contrato lo conserva legítimamente en su poder, con sus accesorios, el deudor». Concluye la sentencia que entre las referidas excepciones a la coincidencia de existencia o nacimiento y exigibilidad de la obligación de entrega de cosa fructífera se encuentra aquella en que el vendedor no puede ser compelido por no haber cumplido su contraprestación la otra parte, de acuerdo con las reglas que disciplinan el funcionamiento sinalagmático de las obligaciones bilaterales y reciprocas.

De esta síntesis se pueden extraer varias proposiciones. La primera es que ALYCESA era incumplidor y estaba en situación de rebeldía y había impedido durante bastante tiempo el cumplimiento de la opción. Se encontraría, pues, en situación de *mora credendi*. Hemos esbozado ya con anterioridad nuestra opinión al respecto al señalar que el ejercicio de acciones judiciales es en principio ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, y que

acudir a los tribunales a debatir sobre la validez del contrato de opción de venta, no es por sí solo incumplimiento, ni puede hablarse de ello.

La segunda proposición tiene que ver con el desplazamiento de riesgos que entrañaría la situación de *mora credendi*, lo que para el Tribunal Supremo privaría de justificación cualquier compensación de los mismos con el derecho a los frutos. Como también ha quedado dicho ya, esta idea no resulta relevante si el fundamento de la atribución de los frutos al comprador no se busca en la compensación de riesgos, sino en la delimitación del objeto de la compraventa.

La tercera cuestión sobre la que cabe realizar algún comentario, es la que se refiere a la aplicación de la llamada *exceptio in adimplete contractus*. Parece claro que mientras la disputa y el litigio estaban abiertos, el vendedor estaba amparado por esta excepción, propia del carácter sinalagmático del contrato. Ahora bien, celebrada finalmente la venta y pagado por la compradora ALYCESA el precio pactado en su día «con sus intereses», cabe preguntarse si precisamente el sinalagma no impone la simultánea entrega de la cosa «con sus frutos».

Para concluir, me gustaría hacer todavía alguna otra reflexión: una parte de las dificultades del caso finalmente resuelto por el Tribunal Supremo provienen de la dificultad de aplicar las normas contenidas en los artículos 1095 y 1468 II del Código civil a los frutos civiles, especialmente a dividendos no entregados a los socios. No es sencillo entender que estos dividendos sean frutos en el sentido de los preceptos sobre los que estamos tratando, aunque hay que reconocer que el propio Tribunal Supremo, en alguna sentencia que se ocupó de este mismo tema, consideró que los frutos civiles son frutos en el sentido de los preceptos citados y que nada aconseja entender otra cosa. Aunque bien puede decirse que cuando ha existido una negociación entre las partes sobre la venta de un fundo que además se supone que habrá sido examinado y estudiado, la producción de los frutos habrá sido objeto de alguna consideración por los interesados, cosa que es mucho más difícil que ocurra en el caso de transmisión de acciones.

Por otra parte, todavía habría que señalar que estos preceptos del Código Civil tantas veces citados pueden resultar fácilmente aplicables en los casos de genuinas compraventas de fundos y de otras cosas específicas que suelen ser cuidadosamente examinadas y negociadas. Pero cabe la duda de si pueden extenderse a otros supuestos de negocios más complejos, como parece que era el que ha motivado la sentencia objeto de este comentario, en el que no había en rigor ninguna simple compraventa y menos referida a un fundo, sino un complejo entramado de negocios encaminados a dotar de una nueva estructura societaria a las entidades que entorno a ALYCESA iban a gestionar el sector azucarero.

El retraso en la entrega de un inmueble como daño indemnizable por incumplimiento defectuoso del contrato

ASUNCIÓN ESTEVE PARDO
Profesora Agregada de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

RESUMEN

Este artículo analiza el retraso en la entrega de un inmueble como posible daño indemnizable en el marco de la responsabilidad contractual. En particular, se estudia si la privación temporal de un inmueble que sufre el acreedor afectado por el incumplimiento comporta un daño indemnizable en el caso de que hubiera celebrado el contrato para destinarlo a su uso privado como vivienda. Dos recientes sentencias del Tribunal Supremo ilustran las principales cuestiones que se abordan en este trabajo.

PALABRAS CLAVE

Incumplimiento contractual, daño, retraso en la entrega.

SUMMARY

This paper deals with the consequences of late delivery of immovable property as breach of contract. It analyses if the purchaser is entitled to claim liquidated damages to the seller in case of late delivery of immovable property. Special mention is made to two recent decisions of the Supreme Court in Spain that deal with late delivery of immovable property which was intended to be used as private house by the purchaser.

KEYWORDS

Breach of contract, right to damages, late delivery of goods.

SUMARIO: 1. *Introducción*.—2. *Retraso en la entrega y resolución del contrato*.—3. *Lucro cesante derivado del retraso en la entrega del inmueble*: 3.1 El valor de los *fructus percipiendi*. 3.2 El lucro cesante por la privación de un inmueble. 3.3 Lucro cesante por la privación «del uso» de un inmueble.—4. *El retraso en la entrega de un inmueble como daño in re ipsa*.—5. *Conclusión*.

1. INTRODUCCIÓN

Dos recientes sentencias del Tribunal Supremo, en concreto, la STS de 10 de septiembre de 2014 –ponente Javier Orduña Moreno– y la STS de 18 de noviembre de 2014 –ponente José Antonio Seijas Quintana–, se pronuncian sobre la admisión de pretensión indemnizatoria por retraso en la entrega de inmueble en razón de un contrato. Su análisis resulta interesante puesto que abordan la cuestión de la indemnización por privación temporal de la cosa a la que tiene derecho el acreedor, como posible daño derivado de responsabilidad contractual.

En ambos casos, la parte actora tenía derecho a la entrega en fecha cierta de unos inmuebles que el demandado debía construir y que la parte actora iba a utilizar como vivienda propia. En ambos casos se produce un retraso en esa entrega por parte del constructor o promotora, que no comporta un incumplimiento definitivo del contrato pero sí una prestación defectuosa¹. En los dos supuestos la parte actora solicita una indemnización por la privación durante más de un año del inmueble y fija el valor de la indemnización en la renta mensual media de mercado de las viviendas, contabilizada desde la fecha en que las viviendas debían ser entregadas hasta la fecha de su definitiva recepción o de la interposición de la demanda.

A pesar de las múltiples coincidencias que, de entrada, se dan en ambos supuestos, las sentencias del Tribunal Supremo llegan a diferentes conclusiones. La STS de 10 de septiembre de 2014 (RJ 2014\4800) no admite la indemnización solicitada por considerar que la parte actora no ha demostrado que la privación temporal del inmueble le haya supuesto un lucro cesante consistente en la pérdida de ganancias concretas, mientras que la STS de 18 de

¹ El retraso en este supuesto no es un incumplimiento definitivo sino un incumplimiento defectuoso, consistente en una prestación mal ejecutada porque no se ajusta en alguna medida a las prestaciones pactadas por las partes en el momento de la celebración del contrato. *Vid. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, G., La mora y la responsabilidad contractual*, Cívitas, 1996, p. 392.

noviembre de 2014 (RJ 2014\5946) admite que tal retraso es un incumplimiento contractual que constituye en sí mismo un daño que no se debe probar y admite la indemnización solicitada por cada mes de retraso.

En el caso de la STS de 10 de septiembre de 2014, las partes –un matrimonio y una constructora– habían celebrado un contrato de permuta de solar por obra futura de dos inmuebles destinados a ser utilizados como vivienda por la actora y sus hijos. El retraso se debe a que faltaba construir una terraza en una de las viviendas y a que el constructor no había otorgado la escritura pública de entrega de las dos viviendas completamente legalizadas, de modo que su ocupación resultaba inviable. La parte actora ejercita una acción de cumplimiento contractual y solicita una indemnización por el retraso (prestación defectuosa) que asciende a 844,75 euros por cada mes de privación del inmueble desde la fecha en que debía haberse producido la entrega (402,26 euros de renta mensual por un piso y 442,29 euros por el otro) hasta que se produzca su efectiva entrega.

Por su parte, la STS de 18 de noviembre de 2014 resuelve una demanda interpuesta por una asociación de 108 afectados contra una promotora de viviendas por incumplir el plazo pactado para su entrega en los contratos de compraventa. La asociación solicita la ejecución de las obras necesarias para la entrega de las viviendas, garajes, trasteros y elementos comunes del edificio en las condiciones pactadas con la promotora y una indemnización por los daños y perjuicios directos sufridos como consecuencia del retraso en la entrega de dichos inmuebles, equivalente al valor de uso de las mismas durante el retraso, desde la fecha prevista para la entrega hasta la interposición de la demanda. Esta indemnización asciende a un total de 1.660.783 euros para todos los afectados. La actora solicita, además, una indemnización de 6.000 euros para cada uno de los afectados por los daños morales sufridos por el retraso en la entrega que se eleva a un total de 648.000 euros.

La argumentación que sigue la STS de 10 de septiembre de 2014 parte de que el daño derivado de la privación de un bien es un lucro cesante consistente en la obtención de unas ganancias concretas que el acreedor debe demostrar. Se refiere a la «*realidad y alcance del perjuicio irrogado*» a la «*prueba o realidad del daño*» y concluye que en el supuesto en cuestión el lucro cesante serían las ganancias futuras de «*un hipotético contrato de arrendamiento*», que la parte actora no demuestra haber visto frustrado con el retraso en la entrega, ya que su inicial propósito era desti-

nar el uso de los inmuebles como vivienda propia y de sus hijos. Este último argumento de la sentencia (que se encuentra al final de su Fundamento Jurídico Segundo) encierra la presunción de que la privación del uso personal de un bien derivado de un incumplimiento contractual no comporta un daño indemnizable. La segunda parte de la STS de 10 de septiembre de 2014 justifica la inadmisión de la aplicación al caso concreto de la doctrina del daño *in re ipsa*, según la cual, en determinados supuestos, el incumplimiento contractual comporta en sí mismo un daño que no debe demostrarse.

Por su parte, la STS de 18 de noviembre de 2014 se centra únicamente en argumentar la aplicación de la doctrina del daño *in re ipsa* al supuesto que debe resolver. Sostiene, con cita de varias sentencias, que la doctrina que mantiene la posibilidad del nacimiento del deber de indemnizar por el simple incumplimiento se da en el caso de «*daños patentes*» o cuando del propio incumplimiento se deduce necesariamente «*una frustración en la economía de la parte afectada, en su interés material o moral*». Concluye que la falta de entrega de un inmueble es «*un daño in re ipsa, cual es el representado por su valor de uso, que obliga a su indemnización*». Confirma que la promotora debe pagar la indemnización equivalente al valor de uso de las viviendas hasta la interposición de la demanda pero no admite el daño moral.

Resulta de particular interés contrastar ambas sentencias y profundizar en la jurisprudencia que citan para apoyar su argumentación jurídica. La jurisprudencia citada por la STS de 10 de septiembre de 2014 ayuda a comprender el concepto de lucro cesante que maneja esta sentencia para valorar el daño derivado de la privación de un inmueble y a apreciar el contenido económico que la sentencia atribuye al hecho de usar y disfrutar de una vivienda. En relación con la aplicación de la doctrina del daño *in re ipsa* ambas sentencias citan distinta jurisprudencia para apoyar las diferentes conclusiones a las que llegan, por lo que su análisis permite reflexionar sobre la causa última que justifica considerar si del propio incumplimiento del contrato se deriva o no un daño.

Las principales cuestiones que tratan estas dos STS y que se exponen a continuación son: el retraso en la entrega de un inmueble como causa de resolución contractual, el lucro cesante derivado de la privación temporal de una vivienda y la aplicación de la doctrina del daño *in re ipsa* por incumplimiento defectuoso de contrato en caso de retraso en la obligación de entrega de viviendas.

2. RETRASO EN LA ENTREGA Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La STS de 10 de septiembre de 2014 se detiene, en primer lugar, a valorar la importancia conceptual que tiene el retraso en la entrega de la cosa como posible incumplimiento del contrato. Para ello, cita la STS de 15 de julio de 2013 (RJ 2013\8090) que se pronuncia sobre un posible plazo esencial de entrega de una finca en un contrato de compraventa. La discusión se debía a que en el contrato se había previsto una cláusula penal en caso de incumplimiento contractual (10 por 100 del valor del precio de la venta). La STS de 15 de julio de 2013 resolvió que el plazo establecido en el contrato no constituía un plazo esencial, por lo que el retraso en la entrega de la finca comprada no implicaba un incumplimiento definitivo del contrato de compraventa.

Sin embargo, ésta no es la cuestión de fondo sobre la que debe pronunciarse la STS de 10 de septiembre de 2014 en el caso de la permuta de finca por obra futura de dos inmuebles. El problema de fondo que debe resolver la STS de 10 de septiembre de 2014 no es si el retraso en la obligación de entrega de una cosa derivada de un contrato constituye o no un incumplimiento definitivo, sino si la privación del uso de un inmueble que sufre el acreedor, derivado de una prestación defectuosa, es un daño contractual indemnizable.

Destacada doctrina señala que, en el marco de la responsabilidad contractual, la privación del uso de la cosa no siempre comporta un daño indemnizable. Al respecto se indica que no se puede «*considerar daño el mero hecho de que el acreedor, por razón del incumplimiento no haya estado en condiciones de poder usar la cosa (conforme al derecho adquirido) si hubiera deseado hacerlo. Sólo hay daño si el acreedor ha tenido el propósito de utilizar la cosa y no ha podido hacerlo, porque le ha privado de ese uso el incumplimiento del otro contratante*»².

En efecto, es distinta la frustración que produce al acreedor la entrega retrasada de un inmueble que pretendía arrendar o vender a un tercero frente a la situación que tiene que soportar el acreedor que ha comprado una vivienda para vivir en ella y se ve temporalmente privado de la misma por un retraso imputable al vendedor o al constructor. También hay supuestos en que el retraso en la entrega de cosa no comporta, previsiblemente, ningún tipo de daño al acreedor con derecho a recibirla. Piénsese en la irrelevante molestia que supone el retraso en la entrega de un cuadro comprado para

² *Vid. MORALES MORENO, A. M., Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cívitas, 2010, p. 62.

decorar la habitación de un domicilio particular o el retraso en la entrega de un solar a un constructor, que pretende edificar sobre el mismo, pero que aún no ha sido declarado terreno urbanizable. Incluso en cada uno de estos supuestos podrían darse diversos y particulares intereses que motivaron a las partes a celebrar ese contrato, que justificarían si la prestación defectuosa del contrato consistente en el retraso en la entrega de la cosa comporta o no un daño para el acreedor. Así, por ejemplo, el retraso en la entrega del cuadro podría suponer la pérdida de una ventaja patrimonial para el comprador en el caso de que hubiera celebrado el contrato de compraventa para venderlo o exponerlo en una sala de arte y lo mismo podría ocurrir si el constructor hubiera comprado el solar no urbanizable para revenderlo³.

En términos generales se estima que corresponde al acreedor aquel beneficio que hubiera obtenido con el cumplimiento contractual o, por llamarlo de otra manera, el «beneficio del contrato»⁴. El artículo 1106 CC se refiere a este concepto como «ganancia», cuando indica que en caso de incumplimiento contractual «*la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener*». Esa ganancia o lucro deben examinarse dentro de la economía contractual⁵, es decir, dentro del conjunto de ventajas que cada parte pretendía obtener con el contrato. De ahí que en el marco de la responsabilidad contractual, se destaque el papel que juega el interés positivo del contrato (fin de protección del contrato), es decir, los beneficios económicos y las ventajas que las partes pretendían lograr con la celebración del contrato y que se ven frustrados por el incumplimiento⁶.

Ésta parece ser la cuestión de fondo que plantea la demanda interpuesta por el dueño del solar que lo transmitió a un constructor a cambio de obra futura de dos viviendas y que se ve privado de ambas desde la fecha de su entrega y durante un plazo superior a un año. La STS de 10 de septiembre de 2014 llega a la conclusión de que, en este caso, el retraso en la entrega de las dos viviendas no ha ocasionado un daño a la parte actora porque no ha podido demostrar que tal retraso le haya supuesto la pérdida de unos ingre-

³ Respecto a la pérdida ocasionada por la demora en la entrega de bienes destinados a la reventa en contrato de compraventa, *vid.* SOLER PRESA, S. A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, 1998, pp. 162–167.

⁴ *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, 6.^a edición, Cívitas, 2008, p. 791.

⁵ *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, *op. cit.*, p. 791.

⁶ *Vid.* SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, *op. cit.*, p. 82, MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, *op. cit.*, p. 18.

sos económicos concretos y factibles. Por tanto, para valorar el daño resarcible toma en consideración el lucro cesante al que atribuye un determinado contenido. Los argumentos de esta sentencia así como la jurisprudencia que cita resultan muy útiles para analizar si este criterio indemnizatorio resulta adecuado para valorar el daño derivado del retraso en la entrega de un inmueble en el marco de la responsabilidad contractual.

3. LUCRO CESANTE DERIVADO DEL RETRASO EN LA ENTREGA DEL INMUEBLE

La STS de 10 de septiembre de 2014 concibe el daño resarcible por el retraso en la entrega del inmueble como pérdida de los *frutos* que la parte actora hubiera podido obtener con el inmueble desde la fecha de entrega. Se apoya para mantener esta postura en otras dos sentencias: la STS de 30 abril de 2013 que resuelve un supuesto de incumplimiento definitivo de contrato de compraventa y la STS de 18 de noviembre de 2013 que se centra en el concepto de lucro cesante como opuesto al de daño emergente.

3.1 EL VALOR DE LOS *FRUCTUS PERCIPIENDI*

La STS de 10 de septiembre de 2014 cita, en primer lugar, la STS de 30 abril de 2013 (RJ 2013\8001), que se pronuncia sobre el alcance indemnizatorio derivado de un incumplimiento definitivo de un contrato de compraventa, que ha supuesto para una de las partes la privación de un inmueble.

La parte vendedora entregó la vivienda pero la compradora sólo pagó una parte poco significativa del precio por lo que hubo un claro incumplimiento de su parte. El vendedor solicitaba, además de la resolución del contrato y la restitución de la vivienda, una indemnización por el daño que le había supuesto la privación del inmueble desde que lo entregó a la compradora. En particular, reclamaba 17.215 euros por la privación del inmueble durante el tiempo transcurrido desde que lo entregó a la compradora hasta que interpuso la demanda y, además, 717,29 euros por cada mes transcurrido desde la interposición de la demanda hasta el reintegro de la posesión del inmueble. La cuantía de esta indemnización se calculó sobre el valor de uso del inmueble, esto es, su renta media mensual.

La STS 30 de abril de 2013 confirma, en este supuesto, la resolución del contrato y la aplicación de las normas de la liquidación

del estado posesorio para determinar la indemnización que debe pagar la compradora por privar al vendedor de su inmueble. Descarta que la compradora deba pagar al vendedor los 17.215 euros por el tiempo de privación del inmueble hasta la interposición de la demanda puesto que, hasta entonces, la compradora había sido poseedora de buena fe (art. 451 CC) pero la condena a pagar 717,29 euros por cada mes transcurrido desde la interposición de la demanda, ya que desde entonces se convierte en poseedora de mala fe (art. 455 CC) y debe pagar los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir.

¿Cuál es la similitud entre este supuesto y el que debe resolver la STS de 10 de septiembre de 2014? En principio, las normas de liquidación del estado posesorio no parecen aplicables a un supuesto de retraso en la entrega de un inmueble que el deudor debía construir. Es decir, el supuesto que debe resolver la STS de 10 de septiembre de 2014 trata de un constructor que no entrega dos viviendas en la fecha convenida pero no las utiliza y usa para sí en perjuicio del poseedor legítimo, sino que impide a éste poseerlas por no haber finalizado a tiempo su construcción.

La razón por la que la STS de 10 de septiembre de 2014 cita la STS de 30 de abril de 2013 se debe a que esta última contiene un análisis sobre la indemnización que debe pagar el poseedor de mala fe por los *frutos* que el poseedor legítimo del inmueble hubiera podido percibir en caso de poseerlo (*ex art. 455*), de la que se sirve el Magistrado ponente de la STS de 10 de septiembre de 2014 para valorar la indemnización que debería pagar el constructor por haber privado a la parte actora de los dos inmuebles durante el retraso.

La STS de 30 de abril de 2013 valora del siguiente modo la indemnización que debe pagar el poseedor de mala fe –en su caso, la compradora de una vivienda– por privar al vendedor de su inmueble:

«la posesión de mala fe no sólo no constituye título de atribución, sino que impide que el título de atribución que resulte produzca sus efectos sobre la propiedad de los frutos en toda su extensión; de ahí que el artículo 455 del Código Civil señale que el poseedor de mala fe no sólo tiene que abonar los frutos percibidos, sino también los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir (fructus percipiendi). En el presente caso, el valor de la ocupación o disfrute de la cosa desde el momento en que los compradores perdieron su condición de poseedores de buen fe y siguieron poseyendo la cosa en perjuicio del legítimo poseedor, debiendo ser resarcido a través de esta obligación de restitución». (Fundamento Jurídico Segundo, punto 5, STS de 30 de abril de 2013 –la negrita es nuestra–).

A ello podría hacerse una primera objeción que es equiparar dentro de la categoría de «frutos» el valor de la ocupación y el valor de los frutos de un inmueble. La ocupación es una utilidad distinta de los frutos que pueden obtenerse de un bien. Es un uso propio. Pero lo que resulta más llamativo es que la STS de 10 de septiembre de 2014 haga referencia a la obligación de pagar los «frutos» de la cosa que establecen las normas de liquidación del estado posesorio como criterio para fijar la indemnización por el daño que experimenta quien se ve privado de un bien por un retraso. Comporta equiparar el daño derivado de la privación del uso de un bien con la pérdida de sus frutos. Sin embargo la privación de un bien no sólo comporta la posible pérdida de frutos sino también la pérdida de su disponibilidad por quien tiene derecho a poseerla. Como subraya la doctrina, la pérdida que experimenta el acreedor en los casos de demora en la entrega de bienes destinados al uso es «*la falta de disponibilidad en sí del bien en cuestión, pérdida que debe diferenciarse nítidamente de los posibles lucros que el uso efectivo del bien hubiera podido reportar al acreedor*»⁷.

Da la impresión de que tanto la STS de 30 de abril de 2013 como la STS de 10 de septiembre de 2014 (del mismo Magistrado ponente) consideran que la privación de un inmueble derivada de un incumplimiento contractual sólo produce un daño al acreedor si éste demuestra que le ha ocasionado la pérdida de «frutos». La STS de 10 de septiembre de 2014, apoyada en este criterio, concluye en su fallo que la parte actora no puede reclamarle al constructor una indemnización con motivo del retraso en la entrega de las mismas, ya que no demostró ni la oferta ni los tratos preliminares de «un hipotético contrato de arrendamiento», al haber declarado que su propósito inicial era destinar las dos viviendas para uso propio y de sus hijos⁸.

Esta conclusión entraña el riesgo de asumir que sólo hay daño derivado de un incumplimiento contractual por prestación defectuosa de la obligación de entrega de un inmueble en la fecha prevista si se demuestra que tal retraso ha ocasionado al acreedor la pérdida de unos frutos. Sin embargo, como se verá a continuación, el retraso en la entrega del inmueble puede ocasionarle al acreedor un daño tanto si frustró sus expectativas de obtener con él unas rentas o beneficios concretos, como si pensaba utilizarlo como vivienda privada y se ve privado de su disponibilidad. De ahí la importancia de subrayar las *ventajas* que el acreedor pretendía obtener con el contrato para defi-

⁷ *Vid. SOLER PRESAS, A., La valoración del daño en el contrato de compraventa*, op. cit., p. 171.

⁸ *Vid. Fundamento Segundo, in fine*, de la STS de 10 de septiembre de 2014.

nir las *ganancias* que pretendía obtener y que pierde con el retraso (lucro cesante).

3.2 EL LUCRO CESANTE POR LA PRIVACIÓN DE UN INMUEBLE

La STS de 10 de septiembre de 2014 cita también la STS de 18 de noviembre de 2013 (RJ 2014\2388) para fortalecer su concepto de lucro cesante como pérdida de ganancias derivadas de los frutos del inmueble. La STS de 18 de noviembre de 2013 se pronuncia sobre la resolución de un contrato de obra por mutuo disenso entre el Colegio de Arquitectos de Burgos y una constructora.

El Colegio de Arquitectos de Burgos tenía su sede colegial en un inmueble del que era propietario y había encargado la construcción de un nuevo edificio con la intención de trasladar allí su sede y arrendar las oficinas del nuevo inmueble que quedaban libres. Debido a la paralización de las obras por falta de entendimiento entre las partes, el Colegio de Arquitectos de Burgos solicitó, además de la resolución del contrato, una indemnización por lucro cesante que englobaba una indemnización por la pérdida de la disponibilidad de los locales de la nueva sede que quedaban libres y otra indemnización por haber tenido que continuar en los anteriores locales y no poder trasladarse a la nueva sede colegial.

Es decir, el Colegio de Arquitectos alegaba que la privación del edificio que albergaría su nueva sede le suponía un doble lucro cesante: por un lado, la pérdida del valor de los frutos que habría obtenido con el alquiler o venta de las oficinas de la nueva sede —que quedaban libres— y por otro lado, la pérdida de los frutos por el alquiler o venta de la antigua sede —que ya no iba a utilizar—.

Para asimilar correctamente el contenido del fallo de la STS de 18 de noviembre de 2013 se hace preciso remontarse a la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 5 de enero de 2011 que resolvió este supuesto⁹. La SAP de Burgos no admitió en este caso la indemnización por la pérdida de disponibilidad de las oficinas de la nueva sede que quedarían libres puesto que se fundamentaba en una mera hipótesis. Señala esta sentencia que:

«no se ha acreditado cuál hubiera sido el destino final de las oficinas (arrendar o vender) y no se puede determinar el alcance concreto de los perjuicios; máxime en el ámbito del lucro cesante donde constante jurisprudencia insiste en que el cálculo del lucro cesante no debe hacerse de forma automática sino que «requiere una demo-

⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.^a) de 5 de enero de 2011 (RJ 2011\105597).

tracción mínima de realidad» (STS 5-XII-2008) y de su cuantía y su imputación para evitar que se indemnicen como verdaderos perjuicios, lo que únicamente constituiría sueños de fortuna». (Fundamento Jurídico Noveno, SAP de Burgos de 5 de enero de 2011).

Sin embargo, la SAP de Burgos sí que admitió la indemnización reclamada por el Colegio de Arquitectos por la pérdida de la disposición de la antigua sede calculada sobre el valor de la renta de alquiler respecto a la que estableció que:

«en este caso la cuantía reclamada no es una expectativa, ni un daño posible, ni un daño que precise una teoría de probabilidad (STS 5-06-008; 5-XII-2008) sino que son daños tangibles, reales, efectivos y constatados. La entidad promotora no pudo acudir a su nueva sede abandonando la antigua y dejando de pagar las rentas por el alquiler correspondiente en tanto en cuanto que el nuevo edificio no estaba concluido. Ello supone que este hecho debe ser tenido en cuenta en la liquidación de la extinción del contrato entre las partes. En consecuencia y en aplicación del artículo 1103 CC, invocado en el recurso de apelación que se analiza, debe ser estimado». (Fundamento Jurídico Noveno, SAP de Burgos de 5 de enero de 2011).

La STS de 18 de noviembre de 2013 revocó esta última indemnización concedida por la SAP de Burgos por considerar que incurre en una interpretación errónea del contenido indemnizatorio dispuesto en el artículo 1006 del Código Civil e indica que:

«dicha partida se concede en concepto de rentas de alquiler abonadas por el uso de la antigua sede cuando, en realidad, su solicitud responde a la pretensión de indemnización por las cantidades que hubiera podido percibir el Colegio de haberse terminado correctamente la nueva obra y haber dispuesto de la antigua sede para su alquiler». (Fundamento Jurídico Primero, punto 1, STS de 18 de noviembre de 2013).

Y añade que el pronunciamiento de la SAP de Burgos no resulta congruente con la pretensión determinada en la causa de pedir (lucro cesante) por la siguiente razón:

*«La sentencia recurrida otorga el tratamiento de *damnum emergens* (daño emergente) a lo que en realidad es una pretensión de indemnización de un *lucrum cessans* (ganancia dejada de obtener), esto es, la reclamación por el valor en renta por la ganancia dejada de obtener por el Colegio en el caso hipotético de que hubiese podido alquilar su antigua sede; extremo que, aunque participa conceptualmente del contenido general indemnizable dispuesto por el artículo 1006 del Código Civil, exige su debida diferenciación y tratamiento, máxime cuando el perjuicio por dicho concepto, atendido a un juicio de probabilidad objetivable, debe de ser probado con una razonable verosimilitud, particularmente en aquellos supuestos, como el del presente caso, que fuera*

de ganancias ya existentes con anterioridad se proyectan sobre ganancias futuras o expectativas de las mismas». (Fundamento Jurídico Segundo, punto 7, STS de 18 de noviembre de 2013).

De todo ello se desprende, de nuevo, que tanto esta STS de 18 de noviembre de 2013 como la propia STS de 10 de septiembre de 2014 (ambas sentencias son del mismo Magistrado ponente) parten del lucro cesante como «*ingresos concretos dejados de obtener*» para apreciar un daño por incumplimiento contractual derivado de la privación del inmueble.

Sin embargo, este concepto de lucro cesante resulta insuficiente para cubrir otro tipo de ventajas de contenido económico que también pueden resultar de la privación de un bien. Como señala la doctrina, la utilidad o provecho de la cosa comprende tanto la obtención de sus frutos, naturales, industriales o civiles (o si se prefiere, su productividad), como el uso personal de ella, en los casos en que los que el acreedor decida darle ese destino¹⁰.

El concepto restringido de lucro cesante como «*ingresos concretos dejados de obtener*» que manejan la STS de 30 de abril de 2013, de 18 de noviembre de 2013 y de 10 de septiembre de 2014 se corresponde sólo con la pérdida de frutos causada por la privación de un inmueble. El supuesto que debe resolver la STS de 10 de septiembre de 2014 lo protagoniza un matrimonio que había cedido un solar a un constructor a cambio de dos viviendas que iban a ser utilizadas como vivienda propia por el matrimonio y sus hijos. ¿Significa ello que el retraso en la entrega de las viviendas no puede comportar un daño patrimonial para el matrimonio al no pretender alquilarlas ni venderlas? La cuestión requiere examinar hasta qué punto el uso particular de un bien al que tiene derecho el acreedor le aporta una ganancia o ventaja patrimonial distinta de la de sus frutos.

3.3 LUCRO CESANTE POR LA PRIVACIÓN «DEL USO» DE UN INMUEBLE

El Colegio de Arquitectos de Burgos alegó, con base en el artículo 1006 CC, que le fuera indemnizado (1) el daño resultante de la pérdida de las ganancias que habría podido obtener con el alquiler de las oficinas que quedaban libres en la nueva sede –por ejemplo, 7.000 euros mensuales– y (2) el daño por la pérdida de la renta mensual que habría cobrado al alquilar la antigua sede puesto que era su propietario –por ejemplo, 4.000 euros mensuales–.

¹⁰ Vid. MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante, op. cit.*, p. 62.

Desde esta perspectiva la disposición de la nueva sede hubiera supuesto para el Colegio un incremento patrimonial de 11.000 euros mensuales respecto a la situación anterior, que se ven frustrados por cada mes de retraso en la entrega. Estos serían los daños derivados de la privación del inmueble respecto a sus frutos. El TS considera que no se han demostrado tales pérdidas ni en uno ni en otro caso, por lo que no admite su indemnización.

Ahora bien ¿supone la privación del mero uso de la nueva sede un daño para el Colegio de Arquitectos de Burgos? Esta cuestión no se plantea en ningún momento en este pleito, ni siquiera por el propio Colegio. Parece que la respuesta sería negativa, puesto que el Colegio ya dispone de una sede en propiedad, por lo que el retraso en poder usar para sí el inmueble como nueva sede no le hubiera ocasionado, en sí mismo, la pérdida de una ventaja patrimonial. Pero ¿cuál sería la respuesta si el Colegio de Arquitectos de Burgos fuera arrendatario de su antigua sede y pagara por ella una renta de 4.000 euros mensuales? En tal caso, el traslado del Colegio a la nueva sede hubiera supuesto dejar de pagar la renta anterior. Por tanto, si se dieran estas circunstancias, el retraso en la entrega de la nueva sede comportaría un daño para el Colegio de Arquitectos ya que supondría la pérdida de una ventaja patrimonial. ¿Se hubiera descartado entonces el daño derivado de la privación del inmueble porque no supone una pérdida de frutos?

Es evidente que la privación de una cosa comporta un lucro cesante al acreedor en relación con los frutos económicos tangibles que hubiera podido obtener con ella, pero ¿engloba el lucro cesante también el daño derivado de la *privación del uso personal* de la cosa? Según la doctrina, esta cuestión pone a prueba, de algún modo, el propio concepto de lucro cesante¹¹. Si lucro cesante es la privación de una ventaja, valorable en dinero, a la que tiene derecho el acreedor conforme al contrato, la privación del uso de la cosa supondría en tal caso un lucro cesante; si el lucro cesante implica un flujo patrimonial o incremento del patrimonio, la privación del uso no comportaría un lucro cesante¹². Por ello, si el Colegio de Arquitectos de Burgos hubiera demostrado que la privación temporal de la ocupación o uso de la nueva sede le comporta la pérdida de una ventaja patrimonial –dejar de pagar la renta de alquiler por la antigua– entonces se apreciaría un daño indemnizable derivado de responsabilidad contractual.

¹¹ *Vid. MORALES MORENO, A. M., Incumplimiento del contrato y lucro cesante, op. cit.*, p. 63.

¹² *Vid. MORALES MORENO, A. M., Incumplimiento del contrato y lucro cesante, op. cit.*, p. 63.

Como señala la doctrina especializada el concepto de lucro cesante no está definido en el CC¹³; aunque se identifique y distinga del daño emergente, está embebido en el concepto unitario de daño (art. 1106 CC)¹⁴. Por ello es posible admitir que la privación del uso personal de un inmueble sea un daño que también consiste en un lucro cesante en la medida en que ha ocasionado al acreedor la pérdida de una ventaja económica que hubiera podido obtener de la cosa. Y dicha ventaja económica puede ser la mera disponibilidad del bien, su uso, de forma que el retraso constituye una carencia cuando el uso temporal del bien sea objeto de mercado¹⁵. Ello implicaría asumir que la pérdida del uso de la vivienda con motivo de un retraso en la entrega puede, en determinados supuestos, constituir la pérdida equivalente a su renta mensual media de mercado.

Si, desde esta perspectiva, se analiza el supuesto que debe resolver la STS de 10 de septiembre de 2014 sobre permuta de solar por obra futura de dos inmuebles, se llega a la conclusión de que el fallo de la sentencia parece correcto porque si bien la parte actora celebró el contrato con el propósito de utilizar los inmuebles como vivienda propia, no ha demostrado que ello le reportaba un beneficio desde el día obligado de su entrega y que ha perdido tal beneficio o ventaja con cada mes de retraso.

Aquí entra en liza la última cuestión que aborda la STS de 10 de septiembre de 2014 en relación con el daño derivado de la privación de un inmueble y que es la justificación de su prueba. Esta sentencia anuló la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 25 de noviembre de 2011¹⁶ que admitió que el propietario del solar que lo había permutado a cambio de la construcción de dos viviendas tenía derecho a una indemnización sin necesidad de demostrar el daño, por aplicación de la doctrina del daño *in re ipsa*; la sentencia de la Audiencia entendió que la falta de entrega de las viviendas producía de suyo un daño mínimo cual es el representado por su valor de uso. No obstante, tal pronunciamiento fue revocado por la STS de 10 de septiembre de 2014 que consideró que la pretensión indemnizatoria no se deriva, por sí sola, de la acción de cumplimiento del contrato.

Frente a esta postura de la STS de 10 de septiembre de 2014, la STS de 18 de noviembre de 2014, que también resuelve un supues-

¹³ *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, *op. cit.*, pp.791-792.

¹⁴ *Vid.* MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, *op. cit.*, p. 64.

¹⁵ *Vid.* SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, *op. cit.*, p. 168.

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 25 de noviembre de 2011 (RJ 2012\348273)

to de retraso en la entrega de viviendas en el marco de un contrato de compraventa celebrado con una promotora, sí que admite que el retraso en la entrega del inmueble supone un incumplimiento defectuoso que comporta por sí mismo un daño.

Por este motivo se exponen a continuación los argumentos y la jurisprudencia citados por la STS de 10 de septiembre de 2014 y la STS de 18 de noviembre, así como por las correspondientes sentencias de las Audiencias Provinciales sobre las que se pronuncian, para justificar o rechazar que el retraso en la entrega de una vivienda constituya en sí mismo un daño *in re ipsa*, representado por su valor de uso, que no necesita prueba.

4. EL RETRASO EN LA ENTREGA DE UN INMUEBLE COMO DAÑO *IN RE IPSA*

Como ya se ha mencionado, en el caso de la permuta de solar por obra futura de dos viviendas que resuelve la STS de 10 de septiembre de 2014, la SAP de Granada admitió que el acreedor afectado por el retraso en la entrega fuera indemnizado por el valor de uso de las viviendas durante el tiempo que duró el retraso. La SAP de Granada se basaba fundamentalmente en la STS de 23 de julio de 1997 que aplica la doctrina del daño *in re ipsa* o *ex re ipsa* en relación con el retraso en la entrega de una vivienda en el marco de un contrato de compraventa.

Esta STS de 23 de julio de 1997 (RJ 1997\5808) se encuentra citada con profusión por la jurisprudencia de Audiencias y del Tribunal Supremo que reconoce que el retraso en la obligación contractual de entregar una vivienda constituye un daño *in re ipsa*. De hecho, la STS de 23 de julio de 1997 se pronuncia sobre un supuesto muy similar al que resuelven la SAP de Granada y la STS de 10 de septiembre de 2014.

En el supuesto que resuelve la STS de 23 de julio de 1997 la parte actora había cedido un solar a cambio de obra futura de vivienda, trastero y parking. La entrega de la vivienda y trastero estaba ya realizada materialmente por el demandado pero faltaba otorgar la escritura pública. No se indica en la sentencia que la parte actora hubiera celebrado el contrato para utilizar personalmente la vivienda, el trastero y el parking o con la finalidad de alquilarlos o venderlos. Señala la STS de 23 de julio de 1997 que:

«Es obvio que esa falta de entrega implica que, en el peor de los supuestos, dejaron de percibir las rentas correspondientes, y siendo el objeto de la entrega viviendas de protección oficial, la renta de la misma está fijada legalmente. Ha de tenerse en cuenta

que el incumplimiento de una obligación, cuando no sea doloso, obliga a indemnizar los daños y perjuicios previstos “o que fueran previsibles al constituirse una obligación” (art. 1107, párrafo 1.º, CC). La falta de entrega de un inmueble produce de suyo un daño mínimo al acreedor, cual es el representado por su valor de uso. Es un daño in re ipsa, que obliga a su indemnización». (Fundamento Jurídico Cuarto STS de 23 de julio de 1997).

La STS de 23 de julio de 1997 presume, por tanto, que la privación de la vivienda acaecida por un retraso en su entrega constituye de por sí un daño resarcible que no necesita prueba. Concede a los actores la indemnización por el valor de uso de vivienda, el trastero y el parking sin necesidad de demostrar que celebraron el contrato porque tenían expectativas concretas de alquilarla, venderla o vivir en ella y que tales expectativas se hayan visto frustradas por el retraso en la entrega.

En segundo lugar, la SAP de Granada cita también la STS de 26 de mayo de 1990 (RJ 1990\4852) que se pronuncia sobre la aplicación de la doctrina del daño *in re ipsa* en un supuesto de incumplimiento contractual en los siguientes términos:

«en los casos en que de los hechos demostrados se deduzca necesaria y fatalmente la existencia del daño, no es preciso acreditar su realidad además de la de los hechos que inexcusablemente lo han causado, “sin que se excluya la idea de que el incumplimiento constituya por se un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, sobre todo si se tiene en cuenta que en los casos de incumplimiento contractual no ha de exorbitarse la prueba de los daños cuando los mismos se pueden apreciar como necesariamente derivados de los hechos base del incumplimiento y de la propia naturaleza de la expectativa que se ha visto frustrada”, a lo que sólo ha de añadirse que, según Sentencias de 9 de mayo y 27 de junio de 1984, hay casos en los que el mero incumplimiento constituye un daño in re ipsa». (Fundamento Jurídico Quinto, STS de 26 de mayo de 1990).

No obstante, esta STS de 26 de mayo de 1990 resuelve un supuesto de compraventa de local de negocio que iba a ser utilizado por el comprador como Cafetería Bar–Heladería en Peñíscola pero que al ser objeto de un expediente de infracción urbanística, se impidió su apertura y utilización por el comprador. Se trata, por tanto, de circunstancias muy concretas que evidencian que el comprador podía obtener unos ingresos patrimoniales por la explotación de su negocio en ese local desde prácticamente el día mismo de la entrega del inmueble y que, probablemente, celebró para ello el contrato, por lo que uno de los riesgos derivados del retraso en la entrega era la pérdida de dichas ganancias.

Este riesgo de sufrir la pérdida de unos ingresos o flujos patrimoniales en caso de retraso en la entrega del inmueble no se da en el contrato de permuta del solar por obra futura de dos inmuebles que debe resolver la SAP de Granada, ya que la parte actora declaró que pretendía utilizarlos como vivienda. Pero es posible que el contrato previera otros riesgos, ya que la pérdida de la disponibilidad de un bien puede constituir también la pérdida de una ventaja distinta de la obtención de un incremento patrimonial. Desde esta perspectiva puede observarse la importancia que adquiere tomar en consideración las ventajas que el contrato aporta a las partes, así como los daños previsibles por el deudor al tiempo de contratar para apreciar la existencia de daño contractual derivado de un incumplimiento¹⁷.

Como anteriormente se ha adelantado, la STS de 10 de septiembre de 2014 casa el pronunciamiento de la SAP de Granada sobre la aplicación de la doctrina del daño *in re ipsa* en el supuesto de permuta de solar por obra futura de dos inmuebles y señala al respecto que:

«esta flexibilización o presunción jurisprudencial del daño irrogado se refiere en atención a aquellos supuestos en donde el incumplimiento determina, por sí mismo, la relevancia del daño con una clara frustración en la economía contractual de la parte afectada, ya material o moral, o bien, porque dicha presunción viene implícita en la norma que anuda la consecuencia resarcitoria a la sola actuación antijurídica del incumplidor, STS de 24 de octubre de 2012 (núm. 541/2012). (Fundamento Jurídico Segundo, punto 3, STS de 10 de septiembre de 2014).

Cabe destacar que la STS de 24 de octubre de 2012 (RJ 2013\1545) hace referencia a un supuesto de infracción de un modelo industrial de la empresa «Vileda» –la pieza diseñada por «Vileda» para acoplar el mocho de sus fregona a sus palos– que fue utilizada sin licencia por la empresa «Spontex» para vender sus mochos de fregonas, de forma que permitía su acoplamiento a los palos de fregona de «Vileda» y a los palos de fregona de «Spontex». Las circunstancias son, por tanto, muy distintas al supuesto que debe resolver la STS de 10 de septiembre de 2014, ya que no se trata de un incumplimiento contractual sino de una infracción de derechos de propiedad industrial. La doctrina y la jurisprudencia especializada en esta materia señalan que la infracción de derechos de patente, modelos de utilidad y marcas motiva, por sí sola, la

¹⁷ *Vid. SOLER PRESAS, A., La valoración del daño en el contrato de compraventa, op. cit., pp. 43–61.*

obligación de indemnizar sin imponer al titular del derecho la obligación de probar el perjuicio¹⁸.

La STS de 10 de septiembre de 2014 parece traer a colación el argumento de que el daño *in re ipsa* se produce en caso infracción de derechos de propiedad industrial para justificar la inadecuación de trasladar este criterio a un supuesto de incumplimiento contractual. Considera que el incumplimiento contractual no constituye un daño *in re ipsa*, ya que la pretensión indemnizatoria debe ser probada y diferenciada de la acción de cumplimiento en los siguientes términos:

«Esto es lo que ocurre en el presente caso, en donde de la acción de cumplimiento del contrato no se deriva, por sí sola, la propia relevancia o transcendencia jurídica del retraso como pretensión indemnizatoria que debe ser, por tanto, convenientemente diferenciada de la acción de cumplimiento, que se ejercita de modo principal y, a su vez, objeto de prueba y de cuantificación a tenor de su conexión causal con la dinámica del contrato celebrado. Prueba o realidad del daño que, como acertadamente declara la sentencia de Primera Instancia, no resulta acreditada con la mera aportación de un informe de tasación de parte relativo al valor de uso de la vivienda, sino que requiere, conforme a la doctrina de esta Sala en el ámbito de la indemnización derivada por el lucro cesante (lucrum cessans), sentencia citada de 18 de noviembre de 2013, que dicho perjuicio, atendido un juicio de probabilidad objetivable, se pruebe con una razonable verosimilitud, particularmente, caso que nos ocupa, en aquellos supuestos en que, fuera de ganancias ya existentes, el lucro cesante se proyecta sobre ganancias futuras o meras expectativas; esto es, sobre un hipotético contrato de arrendamiento, sin oferta o trato preliminar al respecto, y tras haber declarado su inicial propósito de que la vivienda fuera utilizada o disfrutada por sus padres e hijos». (Fundamento Jurídico Segundo, punto 3, STS de 10 de septiembre de 2014).

La conclusión de la STS de 10 de septiembre de 2014 sobre la inaplicabilidad de las doctrina del daño *in re ipsa* a un incumplimiento contractual parece del todo acertada pero hubiera sido deseable que aclarara por qué, en el caso concreto que resuelve, no debe inferirse un daño del mero incumplimiento contractual y resulte necesaria la prueba del lucro cesante. Esta tendencia de nuestra jurisprudencia a invocar la prueba del lucro cesante para desestimar la pretensión indemnizatoria ha impedido el debate

¹⁸ *Vid.* ROY PÉREZ, C., «Cómputo de daños en el ejercicio de la acción indemnizatoria por infracción de patente», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2/2009, pp. 355-380 y MAS-SAGUER FUENTES, J., «Algunas consideraciones sobre la acción de indemnización de daños y perjuicios en procedimientos de infracción de marcas», *Homenaje al Profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º extraordinario 2011, pp. 101 a 107.

acerca de si los daños pueden o no ser objetivamente imputados al deudor por su incumplimiento¹⁹.

Frente a esta postura, la STS de 18 de noviembre de 2014 admite que el retraso de una promotora en la entrega de las viviendas es un incumplimiento contractual que constituye por sí mismo un daño que no debe ser demostrado y se apoya para ello en la jurisprudencia –más aislada– que postula que la doctrina del daño *in re ipsa* puede aplicarse a supuestos de incumplimiento contractual. Frente a esta postura ondulante de nuestra jurisprudencia sobre la obligatoriedad de demostrar o no la pérdida de ganancias con motivo del incumplimiento, señala la doctrina la dificultad de saber dónde corre la línea divisoria entre los casos en que debe aplicarse la regla general –carga de la prueba del daño que pesa sobre el demandante– y los casos en que el rigor de la carga de la prueba se suaviza y el daño es consecuencia natural e inevitable del incumplimiento²⁰.

Quizás la diferencia en las conclusiones a que llegan estas dos STS en supuestos tan similares se explica si se toman en consideración las circunstancias que rodearon en cada caso la celebración de los contratos, el perfil de las partes y la finalidad con que se celebró el contrato. Los tribunales que enjuiciaron ambos supuestos contaron con una información que no queda del todo reflejada en las sentencias y que les permitió atribuir significado jurídico a un conjunto de elementos que rodearon la celebración de los contratos y establecer el contenido específico de cada uno de ellos. Esta interpretación les permitió delimitar el interés positivo que el cumplimiento del contrato suponía para la parte que sufre el retraso y, por tanto, el daño que el retraso le ocasiona. Por ello se exponen a continuación las circunstancias concretas que rodearon la celebración del contrato que analiza la STS de 18 de noviembre de 2014 desde la información que suministra la propia sentencia y la sentencia de la Audiencia Provincial que resolvió el mismo supuesto.

La STS de 18 de noviembre de 2014 resuelve sobre el incumplimiento defectuoso de contrato de una promotora por retraso en la entrega de viviendas. La demanda la interpone una asociación de 108 afectados que habían celebrado con ella contratos de compraventa de vivienda. La asociación solicita el cumplimiento de los contratos y una indemnización por el daño patrimonial derivado del retraso, equivalente al valor de uso de las mismas durante el

¹⁹ *Vid. MORALES MORENO, A. M., Incumplimiento del contrato y lucro cesante, op. cit., p. 24; SOLER PRESAS, A., La valoración del daño en el contrato de compraventa, op. cit., p. 75.*

²⁰ *Vid. DÍEZ-PICAZO, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II, op. cit., p. 794.*

tiempo de la demora (un total de 1.660.783 euros) y una indemnización de 6.000 euros por daño moral para cada uno de los afectados.

La sentencia del JPI condenó a la promotora a cumplir los contratos suscritos y a indemnizar 6.000 euros por daño moral a cada uno de los afectados pero no admitió la indemnización por daño patrimonial por falta de prueba de lucro cesante. En cambio, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 25 de abril de 2012 que resolvió este supuesto²¹ aplicó la doctrina del daño *in re ipsa* y admitió la indemnización solicitada por el valor de uso de las viviendas. Entiende la SAP de Cádiz que la sentencia del JPI acudió a los criterios aplicados a la reclamación del lucro cesante y a concluir que no se ha probado la existencia de un perjuicio indemnizable. La SAP de Cádiz se aparta de esta interpretación y considera que se debe aplicar el criterio de la STS de 23 de julio de 1997 –antes citada– sobre el daño *in re ipsa* en caso de retraso en la entrega de vivienda y señala que:

«Ese razonamiento, que compartimos, nos lleva a concluir que el retraso en la entrega de los inmuebles provoca un perjuicio evidente que debe ser indemnizado conforme a la regla «res ipsa loquitur» que no es aplicable con carácter general pero sí lo es en determinadas materias, entre las que está la producción de un daño patrimonial por el retraso en la entrega de un inmueble». (Fundamento Jurídico Cuarto SAP de Cádiz de 25 de abril de 2012).

La SAP de Cádiz también se apoya en la STS de 21 de diciembre de 2011 (RJ 2012\3528) que aplica la doctrina del daño *in re ipsa* a un incumplimiento de un contrato de compraventa celebrado entre dos empresas por el retraso de más de veinte meses en la entrega de dos viviendas. Señala la STS de 21 de diciembre de 2011 que:

*«no implica que sea necesaria –como no lo es en el caso– la condición de consumidor en el comprador para que sufra un perjuicio indemnizable por el retraso en la entrega y, a efectos de una adecuada aplicación de lo dispuesto por los artículos 1101 y 1106 del Código Civil, cabe destacar cómo la sentencia recurrida cita con acierto la de esta Sala de 23 de julio de 1997 (RJ 1997, 5808) en cuanto afirma que «la falta de entrega de un inmueble produce de suyo un daño al acreedor, cual es el representado por el valor de uso; es un daño *in re ipsa* que obliga a su indemnización, porque – como también afirma dicha sentencia – “ha de tenerse en cuenta que el incumplimiento de una obligación, cuando no sea doloso, obliga a indemnizar los daños y perjuicios previstos ‘o que fueran previsibles al constituirse una obligación’” (artículo 1107, párrafo 1.º, CC)».* (Fundamento Jurídico Sexto STS de 21 de diciembre de 2011).

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8.ª), de 25 de abril de 2012 (RJ 2012\345177).

La STS de 18 de noviembre de 2014 confirma en su totalidad la SAP de Cádiz. Señala que para la aplicación del artículo 1101 CC debe concurrir como requisito necesario, además del incumplimiento de la obligación por culpa o negligencia, la prueba de los perjuicios y el nexo causal eficiente entre la conducta del agente y los daños producidos. Sin embargo, señala que:

«*La doctrina que mantiene la posibilidad de nacimiento del deber de indemnizar por el simple incumplimiento se refiere a supuestos en que el incumplimiento determina por sí mismo un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, lo que ocurre cuando su existencia se deduce necesariamente del incumplimiento o se trata de daños patentes (STS de 26 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1992, 29 de marzo de 2001).* (Fundamento Jurídico Tercero STS de 18 de noviembre de 2014).

A su vez, la STS de 18 de noviembre de 2014 cita dos sentencias para justificar su criterio de admitir que el incumplimiento contractual consistente en el retraso de la promotora en entregar las 108 viviendas produce en sí mismo un daño *in re ipsa*. Se trata de la STS de 12 de abril de 2012 (RJ 2012\5899) y de la STS de 21 de octubre de 2014 (RJ 2014\4900).

La STS de 12 de abril de 2012 se pronuncia sobre una demanda interpuesta por una comunidad de propietarios contra la promotora por vicios ruinosos e incumplimientos derivados de los contratos de compraventa. El daño, en este caso, es el derivado de la deficiente instalación por parte de la promotora de una lámina asfáltica en la parte superior del edificio de viviendas sobre la que debía colocar una cubierta de chapa de acero. La comunidad tuvo que pagar la reparación de la tela asfáltica y la cubierta de la misma por unas tejas de cerámica. La STS de 12 de abril de 2012 admite que basta la demostración del incumplimiento para admitir que se ha producido en este caso *per se* un daño. En este caso, no obstante, la promotora había llevado a cabo su prestación de forma claramente defectuosa al producir un daño patente, mientras que en el caso que debe resolver la STS de 18 de noviembre de 2014 la promotora ha incurrido en un retraso en la entrega y la evidencia del daño no es tan patente. Lo que la STS de 18 de noviembre de 2014 debería aclarar es qué circunstancias concretas que rodean la celebración del contrato justifican que el retraso en la entrega de las viviendas en que incurre el promotor comporte el reconocimiento automático a los afectados de un derecho a ser resarcidos por daño.

La segunda sentencia citada por la STS de 18 de noviembre de 2014 es la STS de 21 de octubre de 2014. Esta sentencia resuel-

ve sobre una indemnización reclamada por los daños y perjuicios causados como consecuencia de haberse mantenido una anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad sobre una finca del actor. Esta sentencia declara que:

«no existe jurisprudencia alguna sobre el carácter inherente o inseparable del daño al hecho de la anotación preventiva de demanda, ni se aprecian razones suficientes para que esta Sala hubiera de hacer una formulación de carácter general en tal sentido excluyendo la aplicación del principio general según el cual quien alega haber sufrido un daño o perjuicio ha de acreditar su existencia». (Fundamento Jurídico Cuarto, STS de 21 de octubre de 2014).

Como se observa, la sentencia citada no reconoce el daño y trata de un supuesto ajeno a los incumplimientos contractuales. Por tanto, la STS de 18 de noviembre de 2014 cita dos sentencias que no aportan base jurídica suficiente para justificar por qué entiende que el retraso en la entrega de las viviendas en que incurre la promotora comporta en sí mismo un perjuicio a los 108 afectados que debe resarcirse.

Parece que sobre el fallo de la STS de 18 de noviembre de 2014 pesan las circunstancias concretas que rodearon la celebración del contrato de compraventa, así como el elevado número de afectados, el hecho de que se hayan asociado como consumidores y el enorme retraso en la entrega de la vivienda que sufren algunos de ellos para concluir que la promotora tiene que indemnizarles por el valor de uso de sus viviendas durante el tiempo de retraso, al margen de que demuestren que han sufrido o no un daño patrimonial. Además, uno de los factores que parece determinante para obligar al resarcimiento es que la parte demandada sea una promotora de viviendas. La actividad profesional propia de la promotora y el hecho de que la otra parte del contrato sea un particular evidencia cuál era la finalidad del contrato y el concreto interés positivo que tenía cada particular al celebrarlo. Ello facilita concluir en el fallo que, en este caso concreto, el interés de cada uno de los particulares que compraron una vivienda a la promotora se ve automáticamente lesionado con el retraso en la entrega.

En nuestra doctrina se defiende que la carencia del bien que experimenta el acreedor en casos de demora en la entrega de bienes destinados al uso es una pérdida que, en principio, debe ser resarcida, salvo que el deudor pruebe que en concreto no la ha sufrido el comprador puesto que no habría utilizado el bien durante el período de demora²². Esta postura parte de presumir que el agraviado

²² *Vid. SOLER PRESAS, A., La valoración del daño en el contrato de compraventa, op. cit., p.168.*

habría utilizado por sí o por otros la cosa desde la fecha en que debió entregarse y que, por tanto, la demora en la entrega le habrá ocasionado la falta de disponibilidad; se trataría de una presunción rebatible en todo caso por el deudor que consiga acreditar que al no pretender el acreedor la utilización de la cosa en el período conflictivo, o no estar en condiciones de hacerlo, la discutida pérdida no se ha producido²³.

Parece no obstante necesario justificar, en función de la información suministrada por el propio contrato y las circunstancias que lo rodearon, la presunción de que el acreedor afectado por el retraso habría utilizado por sí o por otros la cosa desde la fecha en que debió entregarse. Se insiste de nuevo en la posibilidad de que se celebre un contrato para adquirir un inmueble con la finalidad de utilizarlo y que su privación temporal por culpa del deudor que se retrasa en la entrega no comporte necesariamente un daño al acreedor.

Un inmueble puede comportar para el acreedor que tiene derecho a él la obtención de sus frutos, si el destino que quiere darle es venderlo o alquilarlo. Si el acreedor pretende usar el inmueble para desplegar en él su actividad profesional, la disponibilidad del inmueble le aportará ventajas patrimoniales, como serían los ingresos derivados de su actividad profesional en él desplegada, que perderá si no dispone del inmueble en la fecha convenida en el contrato. En estos casos, es claro el lucro cesante que puede experimentar el acreedor con la privación temporal del inmueble por culpa del deudor, pero deberá probarlo.

El lucro cesante más complejo es, precisamente, el que abordan las SSTS de 10 de septiembre de 2014 y 18 de noviembre de 2014: el derivado de un incumplimiento de contrato celebrado por el acreedor para adquirir un inmueble con la finalidad de utilizarlo como vivienda. Es tarea del tribunal examinar en cada supuesto si el acreedor celebró el contrato con el propósito de utilizar ese inmueble como vivienda desde el día de la fecha convenida para la entrega. Puede haber casos en que el acreedor haya comprado o encargado la construcción de un inmueble con la finalidad de utilizarlo como vivienda pero no tenía interés en utilizarlo inmediatamente, porque ya disponía de otra vivienda propia.

Por lo tanto no puede extenderse sin más el principio general de que la privación temporal de una vivienda comporta para el acreedor un daño consistente en su valor de uso. La doctrina del daño *in re ipsa* no parece apropiada para los casos de incumplimiento defectuoso de contrato por retraso en la obligación de entrega de

²³ *Vid.* SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, *op. cit.*, p.171.

un inmueble. Es necesario contextualizar sus circunstancias y apreciar si tal retraso produce o no una desventaja patrimonial para el acreedor.

5. CONCLUSIÓN

El análisis de las SSTS de 10 de septiembre de 2014 y de 18 de noviembre de 2014 permite advertir la dificultad que entraña determinar si el retraso en la entrega de un inmueble destinado a ser usado por el acreedor comporta un daño indemnizable en el marco de la responsabilidad contractual. La doctrina del daño *in re ipsa* aplicada a estos supuestos asume que, en los supuestos en que el acreedor iba a utilizar el inmueble como vivienda, el retraso en la entrega es un incumplimiento defectuoso de contrato que comporta, de suyo, un daño resarcible al acreedor. Esta conclusión es matizable. En primer lugar, porque no es el incumplimiento del contrato la causa directa del supuesto daño sino la falta de entrega del bien a su debido tiempo al acreedor. En segundo lugar, porque resulta muy discutible señalar que en el ámbito de la responsabilidad contractual todos los supuestos de retraso del deudor en la entrega de inmuebles destinados a ser usados como vivienda por el acreedor comporten automáticamente un daño indemnizable. Hay que interpretar el contrato celebrado en cada caso, atender a las circunstancias concretas que motivaron su celebración y a las partes que lo celebraron para determinar el contenido del contrato en cada supuesto. A partir de ahí se podrá establecer si el interés del acreedor ha sido lesionado o no, y si por tanto el retraso en la entrega del inmueble le da derecho a ser resarcido por un lucro cesante.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Francisco Leopoldo SANTANA NAVARRO**

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. Protección del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. La proyección o notoriedad pública del sujeto no le priva de la protección de estos derechos cuando se refiere a aspectos de su intimidad no publicitados por el interesado ni relacionados con su actividad.—La relevancia pública del demandante, por ser un conocido periodista y comunicador, no le priva de la protección dispensada por la ley a estos derechos de la persona, máxime cuando la información difundida incide exclusivamente en el ámbito de su vida personal al referirse al nacimiento de su primera hija o a su relación sentimental, cuyo conocimiento no ha sido fomentado por el interesado y sin conexión alguna con la actividad desarrollada.

Consentimiento anterior para la revelación de aspectos concretos de su vida personal. Necesidad de reiteración en la conducta exteriorizada para que reduzca el nivel de protección legal de la intimidad.—El goce de notoriedad pública y el hecho de que se hubiera podido consentir en ocasiones determinadas la revelación de aspectos concretos propios de su vida personal no privan al afectado de la protección de estos derechos fuera de los aspectos a que se refiere su consentimiento pues, como pone de manifiesto la STS de 17 de junio de 2009, «no existe constancia de su consentimiento a

que sea de público conocimiento todo lo concerniente a su vida sentimental y sexual». Y solo tiene trascendencia para la ponderación en el caso de que se trate de actos de sustancia y continuidad suficientes para revelar que el interesado no mantiene un determinado ámbito de su vida reservado para sí mismo o su familia. (**STS de 22 de abril de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Por el actor se interpuso demanda de protección del derecho al honor y a la intimidad contra L.M. como director de la publicación digital «E.C.com», a consecuencia de una serie de publicaciones en dicho diario digital, del que incluso se hicieron eco diversos programas de televisión, y en los que se emitieron juicios y calificativos que supusieron una clara intromisión ilegítima en su intimidad así como en su honor y prestigio profesional, sin que se acreditase ni la veracidad de las manifestaciones formuladas ni el interés informativo de las mismas. Habiéndose solicitado una indemnización de 120.000 euros, el Juzgado de Primera Instancia la redujo a la mitad. La Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso de apelación del demandado y redujo la indemnización a 15.000 euros, atendiendo al escaso tiempo que el periódico digital se hallaba en funcionamiento al tiempo de la divulgación y al contenido de las intromisiones llevadas a cabo. El Tribunal Supremo no acogió los recursos de casación del actor y del demandado. (*L.A.G.D.*)

2. Derechos fundamentales. Propia imagen del menor. Colisión con libertad de información. Prevalencia del interés del menor frente a la libertad de información.—En el caso examinado no puede prevalecer la libertad de información frente a la intromisión en el derecho a la imagen del menor, pues si bien con carácter abstracto la libertad de información ocupa una posición prevalente cuando se trata de la imagen de personas mayores de edad, ésta cede cuando se trata de imágenes de personas menores de edad, en cuyo caso, en consonancia con la normativa interna e internacional, prima el interés del menor, que se superpone al derecho a la información. Sin que pueda valorarse el interés de la noticia, ni la veracidad de la información, ya que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce en virtud del artículo 4 LPJM, por la inclusión de la imagen de un menor en un video para promocionar un partido político a fin de conseguir el voto en las próximas elecciones.

Intrascendencia del carácter accesorio de la imagen, a efectos de la aplicación del artículo 8.2 c) LPDH, cuando pudo prescindirse de la imagen del menor o evitar su identificación.—Si bien es cierto que la imagen del menor que se recogió en el video puede considerarse accesoria a la información, no lo es menos que su imagen era irrelevante para la información que se daba, habiendo podido evitar el partido político, al preparar el video, que el menor fuese reconocido, pudiendo prescindir de su imagen o emplear algún medio para ocultar sus rasgos, sin merma de la finalidad que se pretendía. (**STS de 8 de mayo de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor interpuso demanda de protección del derecho fundamental a la propia imagen de su hijo menor contra un partido político de su lugar de residencia, pues los demandados durante la campaña electoral habían utilizado un video promocional en el que incluían imágenes del menor, tomadas por una televisión local durante la inauguración de un centro educativo. El demandante solicitó, entre otras cosas, una indemnización de 2.000 euros. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Valencia acogieron íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el partido político. (*F.L.S.N.*)

3. Incapacitación de una persona. Aplicación del principio del superior interés de la persona con discapacidad a la hora de fijar el régimen de tutela o de curatela.—Las causas de incapacidad están concebidas, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, entendiéndose por éstas, conforme al artículo 200 CC, toda enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma. Pues bien, la incapacidad de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo, por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. La interpretación conforme de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, exige que a la hora de instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones se busque siempre proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás, permitiéndole en la medida de lo posible el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen. Siguiendo la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS de 29 de septiembre de 2009 y de 11 de octubre de 2012, en primer lugar, se debe tener en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacidad es sólo una forma de protección y, en segundo lugar, se debe tomar en consideración que con la incapacidad no se busca crear un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada, cuyas capacidades volitivas no le permiten autogobernarse. Cuando no exista una anulación total de la capacidad de autogobierno el régimen aplicable es la curatela, como un modelo de apoyo y de asistencia, que mantiene la personalidad del afectado y únicamente completa su capacidad. El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la capacidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones. Por ello, se entiende que la incapacidad no produce de manera automática la pérdida del derecho de sufragio, sino que el juez que emita la declaración de incapacidad habrá de pronunciarse expresamente sobre la capacidad de ejercicio de este derecho o la falta de ésta. (**STS de 24 de junio de 2013**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Desde 2003 D. Camilo tiene reconocido un grado de discapacidad del 65 por 100, por enfermedad mental crónica. Padece una esquizofrenia paranoide, sin conciencia de su enfermedad, ni adhesión al tratamiento farmacológico o psicoterapéutico. Existen informes médicos contradictorios, pues, aunque se admite

su capacidad contractual y de toma de decisiones, se niega su capacidad para otorgar poderes a terceros y para consentir tratamientos, poniéndose de relieve su falta de habilidad para el autocuidado de su salud.

El Ministerio Fiscal interpuso demanda sobre determinación de la capacidad jurídica y medios de apoyo y salvaguardias adecuados y efectivos para su ejercicio, a la que D. Camilo se opuso. Este último solicita la íntegra desestimación de la demanda y la declaración de no encontrarse incapacitado para regir su persona y bienes y que mantiene la plena capacidad jurídica para la creación de un patrimonio protegido, que estaría supervisado por el Ministerio Fiscal, según la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

La sentencia de 15 de octubre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia de Barco de Valdeorras estima la demanda y declara incapacitado al demandado, tanto para regir su persona y bienes, incluida la privación del derecho de sufragio activo, como su patrimonio, y nombra tutor a la entidad F.

D. Camilo interpone recurso de apelación, que es desestimado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (sección primera) de 27 de febrero de 2012. En dicha sentencia también se desestima la solicitud del Ministerio Fiscal de sometimiento de la persona al régimen de curatela, interesada en la vista celebrada en la alzada. Se sostiene por el órgano de apelación que las limitaciones que padece el demandado exigen acudir a la tutela.

Contra dicha sentencia se interponen recursos de casación por parte de D. Camilo y del Ministerio Fiscal, en base a la infracción del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los arts. 199, 200 y 287 CC, puestos en relación con los arts. 10, 14, 23 y 96 CE, al entender que existe una desproporcionalidad en la medida adoptada en la sentencia de primera instancia, y sostener que no procede la incapacitación total porque en los informes periciales no se habla de una limitación total de la capacidad de D. Camilo. Dichos recursos son estimados. Tras valorar la prueba de la sentencia, el Alto Tribunal entiende que resulta determinante que se aplique la curatela, y no la tutela, reinterpretada a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues con ello se sigue el principio del superior interés de la persona con discapacidad, y se mantiene la personalidad de ésta, con un complemento de su capacidad, pero no una anulación. El Tribunal Supremo declara que D. Camilo es parcialmente incapaz tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, necesitando de un curador. No queda afectado por este régimen el derecho de sufragio, al no haberse argumentado nada en la sentencia acerca de la falta de capacidad del sujeto para el ejercicio de este derecho. En la esfera personal, dicho curador habrá de intervenir para ayudar en su autocuidado y en la toma de medicamentos prescritos, habiendo de decidir la permanencia en su residencia o el internamiento en un establecimiento de salud mental. En la esfera patrimonial, si bien conservará su iniciativa, precisará de un curador para su administración, gestión y disposición que complete su capacidad, controlando y administrando todos sus gastos y asignán-

dole una suma periódica de dinero de bolsillo. Asimismo, el Alto Tribunal mantiene a la entidad F como curador, imponiéndole el deber de informar cada seis meses sobre la situación personal y de rendir cuentas anuales de su gestión (*G.M.A.*).

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Contratos. Nulidad por simulación absoluta. Distinción entre causa ilícita del contrato y causa de la simulación.—El propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que si hay coincidencia el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. Pero si no la hay porque el propósito que se persigue es ilícito, tal protección no se otorgará y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico. Esto explica que en ocasiones las propias sentencias de esta Sala han considerado que cuando existe una simulación negocial absoluta motivada porque se persigue un propósito ilícito, se da una causa ilícita determinante de la nulidad del contrato (STS de 16 de mayo de 1975, 27 de enero de 2003 y 9 de mayo de 2007, entre otras). Si bien, en otros casos se ha diferenciado claramente la simulación absoluta, que da lugar a un negocio meramente aparente y sin causa, y la causa ilícita, que presupone un negocio no aparente pero con una causa teñida de ilicitud (STS de 21 de noviembre de 1999). Puede considerarse que en los casos en que existiendo una simulación absoluta la jurisprudencia hace referencia a la «causa ilícita», se está refiriendo no a la causa del negocio, inexistente por ser absolutamente simulado y como tal meramente aparente, sino a la causa de la simulación. Ya que pueden existir móviles determinantes de una simulación absoluta que no sean ilícitos o inmorales (jactancia, discreción, confianza), pueden distinguirse simulaciones absolutas con causa ilícita y con causa lícita, por más que la simulación absoluta sea siempre una patología determinante de la nulidad absoluta del negocio. (**STS de 24 de abril de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimeno.]

HECHOS.—La AEAT inició en 1993 una inspección a P., S.A. por impago del IVA, generándose una deuda a favor de la primera de 1.642.911 euros. En diciembre de 1994 P., S.A. transmitió a S., S.L. el único activo patrimonial que poseía, un inmueble valorado en más de quinientos millones de pesetas. A cambio recibió un paquete de acciones de la sociedad adquirente por valor de nueve millones de pesetas, justificando la diferencia de valor en que la adquirente se hacía cargo del pago de diversas deudas de la aportante, merced a unos préstamos aun no satisfechos, a favor de diferentes sociedades y que alcanzaban un importe cercano a los quinientos millones de pesetas. Con posterioridad P., S.A. transmitió dichas acciones a N.D., S.L. por cuatro millones de pesetas. La AEAT comprobó que todas estas sociedades, tanto la transmitente como las adquirentes y las terceras prestamistas, compartían socios, administradores y apoderados, con fuertes vinculaciones familiares

y conyugales entre ellos. Asimismo, nunca llegó a probarse la realidad de los pagos o entregas de las cantidades declaradas en las operaciones investigadas. En consecuencia, la AEAT demandó a P., S.A., S., S.L. y N.D., S.L. solicitando la declaración de nulidad por simulación absoluta de la aportación del inmueble de la deudora P., S.A. a la sociedad S., S.L. y de la posterior venta de las acciones a la sociedad N.D., S.L., al tratarse de una operación orquestada únicamente con la finalidad de defraudar a la Hacienda Pública acreedora. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial acogieron íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de las demandadas. (L.A.G.D.)

5. Vicio del consentimiento. Error sobre el objeto del contrato. Defectuosa información precontractual facilitada por el vendedor. Carácter invalidante.—La mera comunicación publicitaria se dirige a una generalidad de personas al objeto de difundir el producto, estando constituida por meras invitaciones o incitaciones para provocar el ánimo de contratar. Es por ello que la publicidad forma parte de una etapa previa a la apertura de tratos o negociaciones. La oferta contractual, sin embargo, sí supone el inicio de tratos o negociaciones, pues, si bien también se dirige al público, consta de una publicidad con una documentación sobre las cualidades, características y condiciones técnicas y económicas, que busca obtener el consentimiento a la oferta del proponente. Esta última acarrea consecuencias jurídicas importantes, dado que sirve para determinar a quién y cómo debe distribuirse el riesgo ocasionado por la defectuosa información facilitada precontractualmente, aun cuando ésta no conste efectivamente en el texto del contrato posteriormente firmado. Existirá el error, como vicio del consentimiento, en el sentido del artículo 1261 CC, cuando el contenido de la información precontractual facilitada estaba tan íntimamente relacionado con el objeto contractual, en relación con sus condiciones esenciales, que indujo a la parte compradora a prestar una declaración de voluntad que, de otra manera, no hubiera otorgado. Tratándose de un remedio excepcional como causa de invalidación del contrato, se deben evitar las generalizaciones, luego el examen de la naturaleza jurídica del error contractual debe realizarse caso por caso, como un juicio de hecho. En primer lugar, se ha de comprobar que el error recaiga sobre la sustancia del objeto contractual, esto es, sobre las condiciones del mismo que principalmente hubieran motivado la celebración de dicho contrato. Seguidamente, se debe examinar si la personalidad, formación, conocimientos y cualidades de la parte contratante implican una inexcusable falta de diligencia del comprador que no invalide su consentimiento (SSTS de 28 de septiembre de 1996, 17 de julio de 2000 y 13 de mayo de 2009, entre otras). En relación con este último punto, se ha de tener presente que no puede exigirse al comprador una diligencia tendente a comprobar todos los datos técnicos, económicos y financieros facilitados por el vendedor que suponga partir de un escenario de desconfianza. El tráfico mercantil precisamente descansa en la confianza negocial y en la buena fe. En consecuencia, cuando la información precontractual tiene por objeto, aun inconscientemente, conseguir que la parte contratante se forme una opinión del objeto contractual distinto del manifestado contractualmente estaremos ante una divergencia entre la voluntad declarada y la voluntad real que vicia el

consentimiento dado, como elemento esencial del contrato, y permite solicitar su anulabilidad. (**STS de 6 de junio de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.—Parques Solares A, S.L., a través de diversas entidades bancarias y mediante publicidad aparecida en prensa, atrajo a varios inversores particulares para desarrollar una planta de generación fotovoltaica para la producción de energía eléctrica en un terreno de su propiedad. Ello se ofrecía como una inversión o producto financiero, basado en la alta productividad y rentabilidad anual. En 2006 Parques Solares A, S.L., e Inversiones B, S.A., firman un contrato de compraventa de participación en la citada planta fotovoltaica.

Inversiones B, S.A., interpone demanda contra Parques Solares A, basándose en un total de tres acciones. En primer lugar, una acción de nulidad del contrato de compraventa firmado por las partes, al considerar que existió error sobre el objeto del contrato que vició el consentimiento de la demandante. Con carácter subsidiario, ejercita una acción para que se declare que existió incumplimiento y se resuelva el contrato. Finalmente, y también con carácter subsidiario, ejercita la acción *quanti minoris*, solicitando que se condene a la demandada a compensar a la actora en el sobreprecio aplicado al contrato, teniendo en cuenta la diferencia entre la productividad ofertada y la real. La demandante presenta una serie de facturas, con el fin de probar que la producción real ha sido muy inferior a las estimaciones ofrecidas por la vendedora en la información precontractual.

La entidad demandada alega, en su contestación a la demanda, que el objeto contractual no fue la producción ni la rentabilidad de la inversión, sino la compraventa de una maquinaria, habiéndose comprometido ésta únicamente al suministro, montaje y puesta en servicio de la planta fotovoltaica.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Pamplona de 18 de septiembre de 2009 desestima íntegramente la demanda. Considera que la falta de productividad de la instalación de la planta fotovoltaica no es esencial y no afectaría al objeto del contrato, sino a las expectativas que la actora pretendía obtener. Asimismo, califica el error de la actora como inexcusable, atendiendo a la experiencia que se le presume en el campo de las inversiones.

La Audiencia Provincial de Navarra (sección primera), en sentencia de 7 de junio de 2010, estima el recurso de apelación interpuesto por la actora y, con ello, acoge íntegramente la demanda en su pretensión principal, declarando la nulidad del contrato, al entender que concurrió error en el consentimiento prestado, derivado de la información facilitada por la parte demandada y de la diferencia sustancial entre la producción afirmada y la real. Entiende que el contrato de compraventa no puede ser examinado al margen del conjunto de información facilitada por la parte vendedora relativa a la producción que la planta es susceptible de generar, cuando la producción era un elemento sustancial para determinar la compra de la participación en la planta. Sostiene la Audiencia Provincial

que no es que el riesgo propio de toda inversión en la producción de energía no se haya cumplido, sino que los datos ofrecidos en la oferta contractual no eran reales ni se pueden cumplir de manera sustancial ni aproximada.

La demandada interpuso recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo, que confirma la existencia de un error invalidante en el consentimiento en el momento de suscribir el contrato, al recaer dicho error sobre las condiciones esenciales del objeto contractual, como consecuencia fundamentalmente de la información precontractual errónea facilitada por la entidad demandada. (G.M.A.)

6. Legitimación activa de las asociaciones de consumidores para interponer acciones colectivas en defensa de intereses difusos.—Las asociaciones de consumidores y usuarios cuentan con una legitimación extraordinaria para defender no sólo los intereses de sus asociados o los de la propia asociación, sino también los intereses generales, colectivos y difusos, de los consumidores y usuarios. Para ello es preciso que reúnan los requisitos establecidos en la legislación de protección de los consumidores y usuarios, esto es, su inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios del Instituto Nacional de Consumo (arts. 16 LCGC; arts. 23.1, 24.1, 33.1, 37 y 54.1 TRLGDCU).

La asociación de consumidores demandante (Ausbanc) fue excluida de dicho registro por resolución administrativa, que fue suspendida cautelarmente por el Juez. Estando dicha resolución en esta situación de suspensión provisional, Ausbanc interpuso la demanda que dio inicio a este procedimiento e incluso recayó la sentencia de primera instancia. No obstante, en el momento de dictarse la sentencia de apelación, la resolución de exclusión ya había sido confirmada y devenido firme. La Audiencia Provincial apreció, por esta razón, la falta de legitimación activa de la demandante. En cambio, el Tribunal Supremo la estima, pues al tener la resolución un carácter sancionador ha de aplicársele el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 9.3 CE. Además, según el Alto Tribunal, la pérdida sobrevenida de las condiciones legales necesarias para litigar como consecuencia de una sanción afecta al principio *pro actione* y debe ser objeto de una interpretación restrictiva. Máxime cuando la demandante no tiene una legitimación ordinaria ni litiga en defensa de un interés particular y propio, sino una legitimación extraordinaria para la defensa de intereses ajenos.

Las condiciones generales sobre el objeto principal del contrato. El control de abusividad o control de contenido.—Las condiciones generales son cláusulas contractuales predispuestas y no negociadas, que se incorporan a una pluralidad de contratos. El conocimiento de una cláusula por el adhrente [en este caso, consumidor] no excluye su naturaleza de condición general sino que, al contrario, constituye un requisito absolutamente elemental para que la cláusula sea consentida por éste e incorporada al contrato. Frente al criterio sostenido en la instancia, el Tribunal Supremo considera que pueden existir condiciones generales que se refieran al *objeto principal del contrato* [en este supuesto concreto, el precio que debe abonar el prestatario, pues la cláusula suelo –limitativa de las oscilaciones a la baja del tipo de interés– forma parte del mismo]. Cuestión distinta será determinar el *grado de control* que la ley articula en estos casos y, singularmente, cuando los inte-

reses en juego a coherenciar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38 CE) [en referencia a la libre fijación de precios] y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51 CE). En este sentido, como se deduce del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el control del carácter abusivo de las cláusulas *no* puede referirse «... a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensiva». Con base en este precepto, nuestro Tribunal Supremo confirma en esta Sentencia el criterio mantenido por la Audiencia Provincial de Sevilla, que entendió que la cláusula suelo, al ser parte inescindible del precio, no era susceptible de un control de contenido [esto es, de su carácter abusivo en perjuicio del consumidor], *como regla general*. No obstante, el Alto Tribunal considera que el hecho de que una cláusula sea definitiva del objeto principal del contrato no elimina *totalmente* la posibilidad de llevar a cabo este control en aquellos supuestos en que *dicha cláusula no hubiera sido redactada de manera clara y comprensiva*.

El control de inclusión y el control de transparencia de las condiciones generales en contratos con consumidores.—El *control de inclusión* de las condiciones generales exige que su redacción sea transparente, clara, concreta y sencilla (art. 5 LCGC), sin que puedan entenderse incorporadas al contrato aquellas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato, así como las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (art. 7 LCGC). El cumplimiento de la normativa sectorial bancaria sobre concesión de préstamos hipotecarios es suficiente para entender cumplido el control de inclusión de las condiciones generales, tanto si los contratos se suscriben entre empresarios y profesionales como entre éstos y los consumidores [esta normativa sectorial bancaria era, en el momento de los hechos, la OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, derogada por la OM de 28 de octubre de 2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios]. No obstante, junto a este control de inclusión, en contratos con consumidores debe examinarse también si las condiciones generales superan el llamado *control de transparencia o comprensibilidad real* por el consumidor de su importancia dentro del desarrollo razonable del contrato (art. 80.1 TRLGDCU): «[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) *Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]*; b) *Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido [...]*»). Tratándose de condiciones generales referidas al *objeto principal*, es preciso que la información suministrada permita a la parte más débil del contrato percibir que se trata de una cláusula que define efectivamente el objeto principal, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, así como tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. Respecto de las cláusulas suelo incluidas en los préstamos hipotecarios de las demandadas, el Tribunal Supremo concluye que no se superaba este [segun-

do] *control de transparencia* por cinco razones: 1) Falta de información suficientemente clara de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; 2) Inserción de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; 3) No realización de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; 4) Ausencia de información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir– o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; 5) Ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedaban enmascaradas y que diluían la atención del consumidor, en el caso de las utilizadas por el BBVA.

El control del carácter abusivo (control de contenido) de las condiciones generales y, en particular, de las cláusulas suelo.—Constituyen condiciones generales abusivas las cláusulas contractuales prerractadas y destinadas a ser impuestas en una pluralidad de contratos que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato. *Las cláusulas suelo son lícitas (no abusivas) siempre que su transparencia permita al consumidor identificarlas como definidoras del objeto principal del contrato y conocer el reparto real de riesgos de la variabilidad de los tipos.* En definitiva, si bien corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador [libre fijación de los precios], también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta sin diluir su relevancia mediante su ubicación en cláusulas con profusión de datos. *Como en este supuesto las cláusulas suelo no superaban el control de transparencia, el Tribunal Supremo procede a examinar su posible carácter abusivo, esto es, si resultan equilibradas desde la perspectiva del real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto.* La conclusión a la que llega es que las cláusulas pactadas en los préstamos hipotecarios de las demandadas son abusivas pues dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja, frustrando las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés. Por esta razón, el Tribunal Supremo declara su nulidad de pleno derecho, pero la subsistencia de los contratos con el resto de estipulaciones.

Eficacia no retroactiva de la sentencia y su publicidad en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.—El Tribunal Supremo se pronuncia a favor de la irretroactividad de la sentencia, que no podrá por ello afectar a las situaciones definitivamente decididas por las resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de la publicación de esta sentencia. En cambio, resuelve que no procede la inscripción de la sentencia estimatoria de la acción colectiva en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación *ex arts. 21 y 22 LGCC, dada su licitud intrínseca.* (STS de 9 de mayo de 2013; ha lugar.) [Ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—La demanda fue interpuesta por la Asociación de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) en ejercicio de una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.; Cajamar Caja

Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U). En la demanda se solicitaba que se declarase la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo a interés variable celebrados con consumidores o usuarios que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, por tratarse de cláusulas abusivas. Asimismo se pedía que se condenase a las entidades financieras a eliminarlas de la contratación, se inscribiera la sentencia estimatoria en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación y se publicara en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, así como en un periódico de los de mayor difusión de la provincia del Juzgado. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla estimó la demanda de Ausbanc y declaró que las denominadas cláusulas suelo existentes en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados por las demandadas con los consumidores debían considerarse nulas por abusivas. La Audiencia Provincial de Sevilla estimó el recurso interpuesto por las demandadas [en el que se personó también el Ministerio Fiscal por entender afectado el interés social], declarando que las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación por referirse a un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario. Ausbanc interpuso entonces ante el Tribunal Supremo recurso extraordinario por infracción procesal, y recurso de casación. El Ministerio Fiscal interpuso también recurso de casación. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de infracción procesal de Ausbanc (en el sentido de reconocerle capacidad procesal para el ejercicio de la acción colectiva) y estima también parcialmente los recursos de casación interpuestos por la actora y por el Ministerio Fiscal.

NOTA.—En esta sentencia se plantea el tema clave de si es posible que las condiciones generales puedan versar sobre el objeto principal del contrato (en este caso, el interés remuneratorio o precio del préstamo). La STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08) declaró que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, antes transcrita, no se opone a una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de este tipo de cláusulas definitorias del objeto principal del contrato. Tras esta resolución, nuestro Tribunal Supremo comenzó una línea favorable al control de abusividad de estas condiciones generales en sus Sentencias 401/2010, de 1 de julio, 663/2010, de 4 de noviembre, y 861/2010, de 29 de diciembre, línea que —como el Alto Tribunal reconoce en esta sentencia— fue cegada en la STS 406/2012, de 18 de junio. El pronunciamiento reseñado no hace más que confirmar esta última doctrina: las condiciones generales que se refieren al objeto principal del contrato no están sujetas al control de contenido, a menos que no superen el control de transparencia que constituye un refuerzo al control de inclusión en los contratos con consumidores (*vid.* art. 80.1 TRLGDCU, antes citado, y STS 406/2012, de 18 de junio). Dicho control de transparencia no coincide, por cierto, con el cumplimiento de las prescripciones de la normativa sectorial bancaria sobre concesión de préstamos hipotecarios [antigua OM de 5 de

mayo de 1994, derogada por la OM de 28 de octubre de 2011], sino que va más allá: los consumidores en esta clase de contratos han de entender realmente la importancia de estas cláusulas no negociadas en el desarrollo razonable del negocio jurídico (*N.M.I.*)

7. Compraventa de inmuebles. Relación obligatoria y condición suspensiva. La condición como elemento de la obligación debe constar de forma clara e inequívoca.—Dada la relevancia que opera la condición en la relación obligatoria, hay que señalar que a efectos interpretativos resulta imprescindible una clara y precisa determinación del elemento condicional, tanto respecto a su constatación (carácter expreso e inequívoco de su disposición), como de su diferenciación técnica respecto de las demás condiciones o estipulaciones que normalmente desarrollan la reglamentación contractual dispuesta por las partes.

La condición no se presume.—La obligación pura y simple se configura como regla general y la obligación condicional como excepción que no puede quedar determinada por medio de la mera presunción.

Interpretación contractual: ausencia de criterios jerarquizados de interpretación.—En el marco general de la interpretación se debe abandonar la tesis de que el fenómeno interpretativo se ve condicionado por la previa configuración de unos criterios jerarquizados en los que se prima la interpretación estrictamente literal respecto a los demás medios interpretativos que puedan concurrir. (**STS de 12 de abril de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La cuestión litigiosa se circunscribe a la interpretación del clausulado contractual con el fin de determinar el objeto del contrato celebrado entre las partes (venta de unos terrenos); especialmente sobre si existe, o no, una condición suspensiva consistente en la aprobación del PGOU por el Ayuntamiento correspondiente, como elemento determinante de la eficacia del negocio jurídico. La sentencia de Instancia entendió que la compradora había adquirido unos terrenos con la condición de que fueran aptos para su edificación y, como no se había cumplido la condición, fijó un plazo para que el PGOU se publicara. En caso contrario la compradora podría instar la resolución contractual. La Audiencia Provincial revoca la sentencia al entender que no se había pactado una condición. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—Es jurisprudencia reiterada que, por presentarse la obligación condicional como excepción, la existencia de la condición no se presume (entre otras, SSTS 5 de diciembre de 1953; 7 de noviembre de 1973; 27 de abril de 1983; 21 de abril de 1987; 20 de junio de 1996; 29 de julio 1996; 14 de octubre de 1996). Aunque no es imprescindible para su apreciación el empleo de la palabra condición, siendo suficiente que del contenido contractual se deduzca, de forma clara y precisa, la intención de los contratantes de hacer depender el negocio de un acontecimiento futuro e incierto (STS de 20 de junio de 1996). (*C.O.M.*)

8. Concurso de acreedores. Régimen jurídico anterior a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Legitimación de los síndicos del concurso para el ejercicio de la acción pauliana. Aplicación de la D.A. 1.^a de la Ley 22/2003.—Bajo la normativa anterior, y pese a la ausencia de una disposición concreta que así lo estableciese, no existe ningún obstáculo para el ejercicio de la acción pauliana después de la declaración del concurso de acreedores, ya que tampoco hay una prohibición al respecto. Dado el carácter personal de la misma y su limitado alcance reparatorio a la estricta subsanación del perjuicio sufrido por el acreedor, la legitimación para su ejercicio una vez declarado el concurso debe solventarse mediante la aplicación de la D.A. 1.^a de la vigente Ley Concursal, que obliga a interpretar las normas legales aplicables a los procedimientos concursales anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 2003 según el espíritu y finalidad de esta última, que sí prevé expresamente la legitimación de la administración concursal para el ejercicio de cualquier acción dirigida a la reintegración en la masa de los valores distraídos, entre las que se encuentra la acción pauliana o por fraude. (STS de 18 de abril de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El matrimonio demandado presentó una solicitud de concurso de acreedores en abril de 2002, meses antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003. Con posterioridad, la Sindicatura del Concurso ejercitó una acción pauliana solicitando la rescisión del acuerdo transaccional que los concursados y la entidad M., S.A. habían celebrado una semana antes de la presentación de la solicitud de concurso. Por dicho acuerdo, el matrimonio abonaba a la sociedad, también demandada, la cantidad de 162.273 euros en concepto de pago de la deuda que una tercera mercantil mantenía con M., S.A. y, de esta forma, M., S.A. daba por extinguida la deuda que los concursados tenía con ellos. Los Síndicos interpusieron la acción de rescisión por fraude del artículo 1.111 CC, pero fue desestimada en ambas instancias al considerarse que, de acuerdo con la legislación vigente en ese momento, solo estaba legitimado para el ejercicio de dicha acción el acreedor individual afectado y en su propio nombre, al tratarse de una acción eminentemente personal. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la Sindicatura. (L.A.G.D.)

9. Reintegración de un bien salido de la masa activa de la entidad quebrada durante el período de retroacción de la quiebra, en lesión del principio de la *par conditio creditorum*.—A la hora de aplicar la nulidad que se predica del artículo 878 CCo se debe tener en cuenta que han existido dos tendencias jurisprudenciales. Una basada en un criterio flexible y otra más rigorista. La primera sólo aplica los efectos de la rescisión cuando la operación perjudica la masa activa, lesiona el principio de igualdad de trato de los acreedores o persigue un fraude de acreedores. Según se ha declarado en la STS de 8 de marzo de 2010, el perjuicio exigido para que proceda la ineficacia del acto de disposición realizado en el período de retroacción es el perjuicio objetivo, sin que sea necesaria la concurrencia de ánimo de causarlo. La jurisprudencia sobre la restitución de las prestaciones de los contratos sinalagmáticos en casos de nulidad absoluta del artículo 878 CCo, consistentes

en un acto dispositivo del quebrado realizado dentro del período de retroacción no se puede interpretar en el sentido de que el tercero, acreedor del quebrado, que recibe de un testaferro un bien que es parte de la masa patrimonial del quebrado, mediante una dación en pago, en pago de un crédito que ese tercero ostenta contra el quebrado, vaya a tener, tras la debida restitución, un crédito contra el quebrado por el valor del bien dado en pago. Dicho tercero volverá a ser titular de un crédito contra el quebrado por el importe que ostentaba con anterioridad a la dación en pago, como crédito concursal. (**STS de 19 de junio de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.—La sindicatura de quiebra de la mercantil A promovió juicio ordinario solicitando la declaración de nulidad, en primer lugar, de la compraventa celebrada en 1988 entre la quebrada y la entidad B de una vivienda sita en Benidorm, al haberse celebrado durante el período de retroacción de la quiebra de la vendedora; en segundo lugar, de la dación de la finca en pago de las deudas de A, realizada por B a favor de la mercantil C. Asimismo, solicita la declaración de nulidad de la compraventa mediante la que adquirieron la finca los últimos titulares registrales de ésta. Finalmente, como resultado de dichas pretensiones, solicita la nulidad y cancelación de los asientos registrales causados por las escrituras de las sucesivas compraventas y la reintegración de la finca a la masa activa de la quiebra.

La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de Benidorm de 30 de diciembre de 2005 estimó la demanda, declarando la nulidad de la venta realizada en 1988 y la dación en pago posterior. Se entiende que la entidad C no puede calificarse como tercero de buena fe, *ex artículo 34 LH*. No concurre en esta mercantil el requisito de la buena fe, al pretender que se trataba de una dación en pago realizada por persona distinta de la quebrada la transmisión de la finca que B hizo a su favor, cuando tenía un efectivo conocimiento de las dificultades económicas por las que atravesaba la demandante y la transmisión se realiza con el objetivo de evitar las consecuencias proyectadas en el artículo 878 CCo. Con dicha dación en pago, C obtuvo para el pago de su crédito un bien inmueble que salió del patrimonio de la quebrada, ocasionando con ello un perjuicio para la masa activa, en perjuicio del resto de acreedores de la quebrada, a los que se les sustraerá la posibilidad de resarcimiento de sus créditos sobre el inmueble, y conculcando el principio de igualdad de trato.

Las demandadas B y C interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de instancia, pero éste fue desestimado por la Audiencia Provincial de Alicante (sección octava), en sentencia de 7 de mayo de 2008.

Tras ello, la mercantil C interpone recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo, confirmando el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

NOTA.—Conforme al artículo 878 CCo, aplicable al litigio por razones temporales, «Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos». Este precepto quedó derogado por el apartado tercero del número tercero de la disposición derogatoria única de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El actual artículo 40 LC, al regular las facultades patrimoniales del deudor tras la declaración del concurso, distingue entre concurso voluntario y concurso necesario. Para el primero, el apartado primero de esta norma prevé que el deudor conserve las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, «quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales». Sin embargo, conforme al segundo apartado, en caso de concurso necesario, «se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales». Siendo éstas las reglas generales, el apartado cuarto de esta norma permite al juez acordar la suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio en caso de concurso voluntario o la mera intervención en supuestos de concursos necesarios, siempre y cuando dichas decisiones se motiven en los riesgos que se pretenden evitar o las ventajas que se quieren obtener. Asimismo, el siguiente apartado de este precepto permite al juez acordar en cualquier momento, a solicitud de la administración concursal, el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión. Por último, conforme al apartado séptimo de este artículo 40 LC, «los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiera convalidado o confirmado». (G.M.A.)

10. Contrato privado de compraventa de participaciones sociales.

Condición resolutoria. Interpretación y efectos.—Para que operara la resolución no era necesario que el incumplimiento de cualquiera de las dos circunstancias previstas (otorgamiento de escritura pública o pago del precio) fuese imputable a la parte correspondiente, sino que su acaecimiento ocausaba por sí la resolución.

El incumplimiento del pacto de fiducia no afecta al tercer adquirente de buena fe.—La titularidad aparente de las participaciones de quien vendía y el desconocimiento, por parte del adquirente, de la existencia del pacto de fiducia y de la existencia de instrucciones expresas de que no fueran vendidas las participaciones, hubieran permitido mantener la eficacia del negocio traslativo para el adquirente de buena fe.

Solidaridad impropia.—Existe solidaridad impropia entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única. (STS de 8 de abril de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El Sr. Fabio, Motor R., S.A. y los hermanos Elena, Bruno y Dámaso eran socios de la empresa mercantil AZF cuya actividad empresarial era la explotación de una nave industrial. La

titularidad formal de las participaciones de AZF estaba distribuida en partes similares entre los tres. No obstante, el Sr. Fabio y Motor R. S.A. habían reconocido la titularidad real de los hermanos respecto a un paquete de las participaciones de AZF cuya titularidad fiduciaria ostentaba Motor R. S.A. En septiembre de 2002 los socios celebran un contrato de compraventa de las participaciones en el que se establece una cláusula resolutoria del negocio si éste no se eleva a escritura pública antes del 15 de diciembre de dicho año. El 19 de diciembre Fabio y Motor R. S.A. elevan a escritura pública el contrato privado de compraventa de las participaciones de AZF respecto de las cuales ostentaban la titularidad formal. Es decir, se incluían las participaciones cuya titularidad fiduciaria había sido reconocida por Motor R. S.A. y se excluían las participaciones que estaban a nombre de los hermanos. Desde mayo de 2002 hasta febrero de 2007 la nave fue ocupada por la compradora de las participaciones sin que se pagara renta alguna a AZF. En febrero de 2007 se resuelve, por falta de pago, el contrato de arrendamiento de la nave que venía explotando AZF. La parte compradora demanda a los hermanos por incumplimiento del contrato de compraventa de las participaciones respecto a la parte del capital social cuya titularidad formal les corresponde. Se desestima la demanda. Posteriormente son los hermanos los que demandan la nulidad del contrato de compraventa de las participaciones y de la escritura pública donde se formalizó, más una indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de 1.^a Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial estima parcialmente la apelación. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación.

NOTA.—En orden a la indemnización de los daños y perjuicios la sentencia de la Audiencia distingue entre la indemnización de las rentas dejadas de abonar a la sociedad AZT y las indemnizaciones por pérdida de valor de las participaciones sociales. El Tribunal Supremo considera correcta dicha distinción. En lo que difiere es que la Audiencia toma para el cálculo de las indemnizaciones el número de las participaciones objeto de la fiducia, mientras que el Tribunal Supremo determina el quantum indemnizatorio en base a todas las participaciones de las que eran titulares los hermanos. Por otro lado, y a diferencia de la Audiencia, condena solidariamente a todos los que participaron en el perjuicio objeto de indemnización. (C.O.M.)

11. Compraventa. Saneamiento por evicción: presupuesto material.—Para que proceda el saneamiento por evicción es necesario que el comprador haya sido privado de todo o parte de la cosa comprada, por sentencia firme dictada en un proceso en el que se hubiera ejercitado una acción apta para fundar la privación de la cosa.

En la evicción el vendedor ha de tener conocimiento de la demanda de evicción y poder oponerse a ella.—Esto es necesario para que se le pueda oponer, más tarde, la acción de saneamiento.

Evicción y pérdida parcial de la cosa vendida.—La privación de parte de la cosa ha de convertir a la que queda en inidónea para la finalidad perseguida con la compraventa.

Si son varios los vendedores ¿cuándo responden mancomunadamente de la evicción?—La obligación de indemnizar al comprador por la privación del bien vendido será mancomunada si su causa permite identificar el alcance de la participación de cada uno de los vendedores en la causación del perjuicio (la privación del bien). (STS de 30 de abril de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Los dos demandantes compraron en escritura pública a los dos demandados una parcela edificable. Posteriormente, los compradores, después de que hubieran comenzado a construir en la parcela, fueron a su vez demandados por los propietarios de otra parcela que estaban ocupando parcialmente con la construcción. En este último procedimiento, en el que fueron también demandados los dos vendedores, se condenó a los compradores a abstenerse de cualquier acto de perturbación o intromisión en el pleno dominio de la finca de los actores. A consecuencia de lo anterior, los compradores interpusieron una acción de saneamiento por evicción contra los vendedores que fue el objeto del presente litigio.

El juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de 1.^a Instancia al condenar a los vendedores a pagar a los compradores con carácter solidario el valor de la parcela adquirida. El Tribunal Supremo estimó en parte el recurso de casación al condenar a los dos vendedores mancomunadamente, por ser su participación en el condominio de la finca vendida del 50 por 100.

NOTA.—La responsabilidad mancomunada de los vendedores en la evicción hay que ponerla en relación con los artículos 1.137 y 1.138 del CC, y con el criterio seguido por el Tribunal Supremo según el cual cuando puede individualizarse la proporción o el grado de participación que en la producción de un daño (en este caso, la privación del bien) tienen sus causantes, si éstos son varios entonces no juega la responsabilidad solidaria, sino la responsabilidad mancomunada de cada responsable (SSTS 19 de julio de 1996, 24 de mayo de 2002 y 31 de mayo de 2011, entre otras). (I. D.-L.)

12. Compraventa de viviendas. Determinación del objeto del contrato.—Este presupuesto se considera cumplido tanto si el objeto se encuentra absolutamente determinado en todos sus extremos, como si su concreción se produce conforme a criterios de determinabilidad que operan dicho resultado sin necesidad de subsanación o de un nuevo convenio. Consecuencia que además viene reforzada por la aplicación del principio de conservación de los contratos (STS de 15 de enero de 2013).

Interpretación contractual: Compatibilidad entre el específico control establecido para la contratación bajo condiciones generales, y el marco general de interpretación del Código Civil.—La razón primaria de esta compatibilidad anida en la propia y necesaria abstracción del proceso interpretativo que alcanza, ineludiblemente, a todo orden o tipo de control sobre el contenido y aplicación de las normas, de suerte que los propios controles de inclusión, transparencia y de contenido que prevé la regulación de las condiciones generales de contratación se sirven, previamente, de estos medios interpretativos en su conjunto. De esta forma, los mismos requisitos

de incorporación que contempla esta legislación (art. 5.5 LCGC) presuponen que el ajuste a los criterios de *transparencia, claridad, concreción y sencillez* se ha realizado desde una previa labor interpretativa (STS de 18 de junio de 2012).

El criterio de *transparencia* actúa como parámetro abstracto de validez de la cláusula contractual predisposta.—Así, fuera del ámbito del *error propio* o *error vicio*, cuando se proyecta este criterio sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la *carga económica* que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la *carga jurídica* del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Alcance del aval de la Ley 57/1968, de 27 julio, sobre garantías de las cantidades entregadas a cuenta, en la estructura del contrato de compraventa de viviendas.—En la fase de pendencia de la obra proyectada, o en su construcción, el aval opera como una propia obligación bilateral, de forma que el futuro adquirente puede tanto oponer una excepción a la entrega de la cantidad anticipada, si éste no se otorga, como proceder a la resolución del contrato si entregada o dispuesta dicha cantidad el vendedor se niega a otorgar el preceptivo aval. En este sentido, el aval viene a constituir la causa de la obligación de entregar la cantidad y viceversa (art. 1274 CC). Todo ello, conforme al principio de buena fe contractual y su proyección con la doctrina de los actos propios. En la fase de realización de la prestación, construcción terminada de la vivienda, si la obligación del aval no ha resultado exigida por el adquirente su constitución carece de sentido pues con la entrega o puesta a disposición de la vivienda su función se reconduce al ámbito propio del cumplimiento o incumplimiento contractual.

El retraso en el cumplimiento como causa justificativa de la resolución del contrato: Carácter esencial del plazo.—El mero retraso puede considerarse no resolutorio cuando el término no fue configurado como esencial, no se frustra la finalidad del contrato y el cumplimiento tardío sigue siendo útil e idóneo para la satisfacción de los intereses.

La excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*) exige que el incumplimiento de la contraparte revista entidad suficiente.—Esta excepción requiere que se trate del incumplimiento de una obligación básica, no bastando el cumplimiento defectuoso de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias (STS de 18 de mayo de 2012). (S **de 11 de abril de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Una promotora-constructora vendió dos pisos a un matrimonio en gananciales, mediante dos contratos con estipulaciones idénticas. Los cónyuges demandaron a la vendedora para que les reintegrase las cantidades entregadas a cuenta o subsidiariamente la rescisión de los contratos de compraventa de viviendas, al haber incumplido el plazo de entrega de las viviendas. Así mismo se presentó demanda que se acumuló a la anterior por la vendedora contra la compradora en la que le solicitaba la entrega del resto del pago del precio y el de las modificaciones de obra realizadas en

cada vivienda; también, pidió el otorgamiento de escritura pública respecto de las viviendas objeto del contrato.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda de los cónyuges y estimó parcialmente la demanda de la promotora-constructora, acogiendo todas sus pretensiones salvo las relativas al pago de las modificaciones de obra realizadas en cada una de las viviendas. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo no dio lugar a la casación.

NOTA.—El artículo 1 de la Ley 57/1968 obliga a quien promueve la construcción de viviendas y pretende la obtención de entrega de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, a garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés anual (previsión que hoy ha de entenderse referida al interés legal, véase Llamas Pombo, *La compraventa*, Madrid, 2014, p. 1029), para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido. (I. D.-L.)

13. Compraventa de viviendas: Falta de licencia de primera ocupación y resolución del contrato.—Cabe atribuir eficacia o valor resolutorio a todo incumplimiento del vendedor que prive sustancialmente al comprador del derecho a disfrutar la cosa, por cuanto su entrega en tiempo, lugar y forma y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza constituye la obligación esencial y más característica del vendedor, y que, incumbiendo a la promotora vendedora gestionar y obtener la licencia de primera ocupación (art. 1.258 CC), la falta de cumplimiento de ese deber solo se valorará como esencial de haberse pactado como tal en el contrato, o, en su defecto, *en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente*, correspondiendo a la vendedora probar el carácter accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, mediante la prueba de que la falta de obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado (STS de 10 de septiembre de 2012). (STS de 10 de junio de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo Sr. D. José Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los actores, dos personas físicas, compraron en dos contratos privados sendos inmuebles en construcción a la promotora demandada. En dichos contratos se acordó que la vendedora entregara a la parte compradora aval bancario por las cantidades recibidas a cuenta, y que la compradora abonara la parte del precio aplazado en el acto de otorgamiento de la escritura, aunque aceptando ambas partes que la vendedora pudiera prorrogar este acto hasta un plazo pre establecido. Al tiempo de celebración de dichos contratos, ya constaba impugnada la licencia de obras concedida a la promoción. En la demanda se solicitaba básicamente la resolución de los dos contratos privados mencionados y la devolución de las sumas entregadas.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda, al entender que sí tiene efectos resolutorios la ausencia de licencia de primera ocupación.

ción cuando ésta no llegue a obtenerse transcurrido un prolongado periodo de tiempo. La audiencia rechazó el recurso de la promotora y confirmó la sentencia apelada, y el Tribunal Supremo no dio lugar a la casación. (*I. D.-L.*)

14. Responsabilidad del promotor.—El promotor idea, controla, administra y dirige el proceso constructivo a fin de incorporar al mercado la obra hecha. Sin embargo, no diseña ni ejecuta ni vigila la obra, pues son funciones propias de los demás agentes que intervienen en dicho proceso. Como no construye, no puede causar el daño propio de los demás agentes. La responsabilidad de los promotores no es, por tanto, por culpa extracontractual, sino que opera dentro del ámbito jurídico del artículo 1591 CC, en relación al 1596 CC, como responsabilidad profesional, cuando se trata de un supuesto de ruina y cuando se dan los siguientes requisitos: a) que la obra se realice en beneficio del promotor; b) que se destine al tráfico mediante la venta a terceros; c) que los adquirentes confíen en su prestigio profesional; d) que sea el promotor quien elija y contrate a los técnicos y al constructor; e) que al adoptar el criterio contrario produzca desamparo o limite a los futuros compradores, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervenientes en la construcción. Estos criterios jurisprudenciales han sido incorporados a la LOE, en la que el promotor aparece como uno más de los agentes que a la misma refiere.

Conforme al artículo 17.3 LOE, el promotor responde solidariamente con los demás agentes intervenientes, ante los posibles adquirentes, de los daños materiales en el edificio ocasionado por vicios o defectos de construcción. La expresión «en todo caso» indica que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y aunque la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo. (**STS de 24 de mayo de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La Comunidad de propietarios A presentó demanda como consecuencia de los vicios en la obra ya entregada, tanto en elementos comunes como privativos. Se declaró en ambas instancias que la causa de los desperfectos fue la deficiente cimentación. Se practicaron previamente pruebas sobre la portabilidad del suelo, pero con catas que no resultaron suficientes. A la vista de ello se condenó en primera instancia a CN (la promotora que también era constructora y recurrente), a los arquitectos y al arquitecto técnico. En segunda instancia se desestimó la demanda contra el arquitecto técnico al entender que no tenía responsabilidad sobre los vicios del suelo y cimentación, confirmándose la sentencia del Juez de Primera Instancia en los demás aspectos.

En casación, el recurrente alega la infracción del artículo 1591 CC: a) pese a que la sentencia recurrida hace responsables a los arquitectos por vicios del suelo, se condena a la promotora; b) se confunde la responsabilidad contractual y la que *ex lege* fija el artículo 1591 CC; c) habiéndose individualizado la responsabilidad en los arquitectos, no cabe extender la solidaridad al promotor. Según el Tribunal Supremo, partiendo de que nos encontramos ante un supuesto de aplicación del artículo 1591 CC, dada la fecha de cons-

trucción del edificio (DT 1.^a LOE), es evidente que la actora supo distinguir la responsabilidad por ruina funcional de la responsabilidad contractual, pues en el apartado 3.^º del suplico de la demanda razonaba que CN había incumplido parcialmente los contratos de venta, por lo que solicitaba su responsabilidad por incumplimiento, sin perjuicio de la posible solidaridad por ruina funcional. En base a ello, en la sentencia recurrida se entendió que la promotora, que también era constructora, no había entregado el inmueble en las condiciones pactadas, razón por la que la condena a los arquitectos, no exoneraba a la promotora, que había hecho dejación de sus obligaciones contractuales, mientras que los compradores le habían satisfecho el precio íntegro de un bien que adolecía de vicios sustanciales. Tras reproducir la doctrina antes señalada, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo se ha referido a la responsabilidad del promotor en muchas sentencias: a) sobre las funciones del promotor en el proceso constructivo, *vid.* las SSTS de 13 de mayo de 2002, 8 de junio y 29 de noviembre de 2007 y 2 de marzo de 2012; b) sobre la responsabilidad del promotor no como extracontractual, sino como profesional, *vid.* las SSTS de 1 de octubre de 1991, 28 de enero de 1994 y 24 de mayo de 2007; c) sobre los requisitos necesarios para que surja su responsabilidad, *vid.* las SSTS de 13 de marzo, 26 de julio y 4 de diciembre de 2008 y 19 de julio de 2010, entre otras. (S.L.M.)

15. La acción del artículo 1597 CC.—El Tribunal Supremo resalta en esta sentencia las características de la acción directa que tiene el subcontratista contra el dueño de la obra (art. 1597 CC). Supone una excepción al principio de la relatividad de los contratos, consagrado en el artículo 1256 CC. Se fundamenta en razones de equidad y de protección del más débil, que pone trabajo o material en obra ajena, en supuestos de dificultad de cobro del contratista. Su aplicación requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) que el precio pactado en el contrato de obra entre el promotor y el contratista sea a tanto alzado (art. 1593 CC); 2) ostenta dicha acción directa cualquier persona física o jurídica que esté vinculada con el contratista por una relación laboral o de prestación de servicios; 3) es necesaria la existencia de un crédito del subcontratista frente al contratista y de éste frente al promotor, y ambos créditos deben surgir en relación a la misma obra; 4) los créditos deben estar vencidos y ser exigibles para que el subcontratista pueda cobrar directamente del promotor; 5) el promotor puede oponer al subcontratista las excepciones que pudiera plantear al contratista, tanto por hechos anteriores o como posteriores al ejercicio de la acción, pero siempre en relación a la obra ejecutada (ejecución defectuosa, incumplimientos, etc.); 6) la acción del artículo 1597 CC es una acción independiente del subcontratista frente al promotor, y no un supuesto especial de la acción subrogatoria del artículo 1111 CC; 7) el ejercicio de la acción no requiere, como requisito ineludible, la interposición de una demanda judicial; 8) en caso de concurrencia de varios acreedores por razón de la obra realizada, por la existencia de distintos subcontratistas, gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad, por aplicación analógica del artículo 1927.3.^º CC; 9) la acción del artículo 1597 CC es de carácter solidario y autoriza al

subcontratista a dirigirla contra el contratista y la promotora, conjunta o aisladamente.

Sin embargo, pese al privilegio del contratista, que puede accionar contra quien no contrató con él –el dueño de la obra en la que puso trabajo y materiales-, y que la acción puede iniciarla mediante un requerimiento extrajudicial, éste no supone el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC. Si bien es cierto que existe jurisprudencia en supuestos concursales anteriores a la Ley Concursal de 2003 que señalaban la vigencia del privilegio del contratista y subcontratista, y que la suspensión de pagos o quiebra del contratista no tenían incidencia alguna en el proceso declarativo en que se ventila la acción del artículo 1597 CC, hoy ya no se puede mantener, bajo la actual Ley Concursal, la subsistencia de tal privilegio.

Principios rectores del procedimiento concursal.—Uno de los principios universales que inspira todo el sistema concursal es la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes. La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza (los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, accionistas, y los de orden público económico), obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarollo los créditos, acciones y derechos. El Título II LC establece los efectos que produce la declaración del concurso. Podrán predicarse, con mayor o menor intensidad, otros efectos sustentados por otros principios, como la *par conditio creditorum*, cuya regulación demuestra que sus excepciones (arts. 90 a 92 LC) traicionan la formulación del propio principio.

A través de los principios de integración de la masa pasiva (art. 49 LC) y de universalidad (art. 76 LC), tanto el acreedor como su crédito quedan afectados por la declaración de concurso. Por el primero, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Todos serán acreedores concursales, salvo las excepciones que establecen las leyes. Una vez reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, ordinarios y subordinados (arts. 90 a 92 LC). Por el principio de universalidad de la masa activa (art. 76 LC), deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.

El principio de responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 CC) supone la afectación automática *ex lege* a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. El acreedor queda sometido a la ley del dividendo y al régimen de comunidad de pérdidas. Otra interpretación supondría reconocer como acreedores privilegiados a aquellos que pusieran trabajo y materiales en una obra, que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC. Los supuestos de preferencias y privilegios están sujetos al principio de tipicidad –sólo a través de la Ley Concursal cabe establecerlo, y, además, constituyen un *numerus clausus*. Así debe entenderse la incorporación del artículo 51 bis.2 por la Ley 38/2011.

Otra cosa es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo antes de la declaración concursal del contratista. En estos supuestos, el privilegio subsiste extraconcursalmente, siempre que el crédito del subcontratista reúna los requisitos antes señalados.

En caso contrario, podría ser objeto de rescisión concursal (art. 71 Ley Concursal), una vez declarado el concurso del contratista.

Por otro lado, la Ley Concursal establece excepciones al principio de universalidad de las masas activa y pasiva. Sin embargo, las mismas, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares determinados acreedores (arts. 55 y 90 ss. Ley Concursal), son expresamente reconocidos en la propia Ley Concursal. Fuera de tales supuestos, la *vis atractiva* del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III. (STS de 21 de mayo de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.—OR (subcontratista) ejercita la acción del artículo 1597 CC contra la Fundación PC (propietaria de la obra) por un importe de 175.000 euros o hasta donde alcance el saldo que tuviese que pasar la Fundación a PRO (contratista). OR reclamó extrajudicialmente a la Fundación el pago de dicha cantidad por burofax el 30 de enero y el 10 de marzo de 2008, y, tras varias reuniones con los representantes de la demandada, una vez se le efectuó la entrega provisional de la obra, la Fundación reconoció deber al contratista la suma de 116.000 euros, cantidad convenida como vencida, líquida y exigible. La Fundación, que tuvo que realizar averiguaciones para conocer el cambio del órgano de administración de PRO y la solicitud de concurso de acreedores de dicha sociedad, decidió constituir un depósito notarial por la cantidad anterior, el 7 de abril de 2008, a disposición bien de la actora, bien de PRO, en concurrencia con la administración concursal. Esta cantidad es la que la actora le reclama fehacientemente mediante Acta de requerimiento de 28 de abril de 2008. El 9 de junio de 2008 la Fundación requirió al Notario para que le entregara el cheque, pues el crédito que podía tener el contratista contra aquélla había sido embargado por la Agencia Tributaria, que fue a quien definitivamente se le abonó la cantidad el 13 de junio de 2008.

La Fundación, en su contestación, formuló: 1) la excepción de litispendencia, por la exigencia del concurso de acreedores del contratista, a quien encomendó la ejecución de obras, concurso que se sigue, desde el 23 de mayo de 2008, ante el Juez de lo Mercantil; 2) la excepción de falta del debido litisconsorcio, al no haber sido llamado a juicio aquél con quien contrató, la concursada PRO, aunque sólo fuera a efectos de saber de la existencia del contrato entre ella y el actor, como subcontratista, la exigibilidad del crédito de éste contra aquél y, en fin, si se había constituido en mora o no.

En cuanto al fondo, alega: a) que para que se pueda dar por buena la recepción definitiva de la obra era necesario hacerse cargo el contratista y el subcontratista, que pretende cobrar directamente del propietario de una serie de trabajos que allí se relacionan; b) que no se había acreditado que la actora hubiera intimado y constituido en mora a la contratista; c) que a la fecha de la demanda la Fundación nada adeudaba a la contratista; d) que tras varios intentos de concretar la recepción provisional de obras, ésta tuvo lugar el 7 de marzo de 2008; e) que tuvo intención de abonar la deuda a la actora pero la reunión que se mantuvo con PRO lo fue con un administrador que ya no lo era y, además, le constaba que se había efec-

tuado la solicitud voluntaria de concurso de acreedores, por lo que decidió efectuar una consignación notarial, poniéndolo en conocimiento de la actora, del Juez de lo Mercantil que entendió del concurso del contratista y de cualquier otro órgano judicial que lo solicite mediante resolución. Por último, la Fundación recibe una diligencia de embargo de créditos de la Agencia Tributaria, de fecha de 9 de mayo de 2008, por deudas que mantenía la contratista, por lo que la cantidad disponible, los 116.000 euros, fue abonada a ésta. Por todo ello solicita la desestimación íntegra de la demanda. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda porque la deuda había sido saldada frente al contratista de la obra ignorándolo la demandante subcontratista en todo momento.

La Fundación recurrió en apelación exclusivamente por no haber condenado en costas a la actora. También fue recurrida por OR, quien alegó que en la presente reclamación se daban todos los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial para el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC, que el propio Juez de lo Mercantil consideró acreditados, aunque de forma incomprensible concluyó que el pago a la Agencia Tributaria, antes de la interposición de la demanda y con posterioridad a los requerimientos de reclamación de la actora, liberaban a la Fundación de la obligación de pago, dejando sin efecto la reclamación extrajudicial iniciada el 30 de enero de 2008. La Audiencia desestimó el recurso planteado por OR y estimó el recurso interpuesto por la Fundación, revocando la sentencia recurrida, en el sólo sentido de imponer las costas de primera instancia a la parte demandante. Según la Audiencia Provincial, partiendo de que la resolución recurrida admitía la concurrencia de los requisitos para el ejercicio de la acción del artículo 1597 CC, la cuestión litigiosa quedaba reducida a determinar si la demandada podía quedar liberada de la obligación con la actora, habida cuenta de que cuando efectúa el pago a la Agencia Tributaria, aquélla no le había interpuesto demanda judicial, sino únicamente requerimientos extrajudiciales. A su juicio, los requerimientos efectuados por la actora debieron impedir a la demandada realizar el pago que le fue posteriormente reclamado por la Agencia Tributaria, máxime cuando es evidente que el requerimiento y su significado fue así apreciado por la demandada, que procedió a realizar el acta de manifestación notarial y a consignar parte, la más cuantiosa, de lo reclamado. En consecuencia, la demandada no pudo quedar liberada por la entrega de la cantidad a la Agencia Tributaria habiendo mediado anteriormente el requerimiento de la actora. Sin embargo, añadió que ni la demanda ni el recurso de apelación podían ser estimados. No existía ninguna norma que permitiera, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tenía contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existía norma que permitiera excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratista concursado tenía contra el contratista principal. El artículo 1597 CC debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal. Si la declaración concursal fija el momento en que

los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la Ley Concursal, la acción que se ejerce está destinada al fracaso cuando hay declaración de concurso, el 28 de marzo de 2008, y además consta que el realizarse la lista de acreedores y de inventario previstos en el artículo 75 y concordantes Ley Concursal, el propio demandante tiene reconocido su crédito en aquél, sin que se haya alegado ni probado que dicho crédito haya sido impugnado y eliminado de la lista de acreedores.

OR interpone recurso de casación, alegando la infracción del artículo 1597 CC. El Tribunal Supremo confirma íntegramente la sentencia recurrida en base a la doctrina antes señalada.

NOTA.—El carácter directo e independiente de la acción del subcontratista contra el promotor, establecida en el artículo 1597 CC, ha sido declarado por el Tribunal Supremo en varias sentencias (SSTS de 8 de mayo de 2008 y de 19 de junio de 2012, entre otras). Igualmente también se ha destacado que el ejercicio extrajudicial no supone el ejercicio de la acción (SSTS de 17 de julio de 1997 y de 8 de mayo de 2008). Además, se trata de una acción de carácter solidario y permite al subcontratista dirigirla contra el contratista y la promotora, conjunta o aisladamente (SSTS de 11 de octubre de 2002 y 31 de enero de 2005). (S.L.M.)

16. Arrendamientos urbanos. Contrato de arrendamiento de vivienda concluido por uno sólo de los cónyuges constante el matrimonio.
Doctrina jurisprudencial.—El contrato de arrendamiento, suscrito por uno de los cónyuges constante matrimonio, no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por fallecimiento del cónyuge titular del arrendamiento.

Subrogación arrendaticia: requisitos.—Para que tenga lugar la subrogación es imprescindible el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 16 LAU, por remisión de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de esta Ley. (**STS de 12 de abril de 2013;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La cuestión litigiosa versa sobre la extinción o no, de un contrato de arrendamiento, celebrado por uno sólo de los cónyuges, constante el matrimonio, después del fallecimiento del cónyuge-arrendatario sin que ninguna de las personas legitimadas hubiera pedido la subrogación. El Juzgado de 1.^a Instancia estima la acción de desahucio por extinción del contrato. La Audiencia Provincial revoca la sentencia. El Tribunal Supremo acoge la casación.

NOTA.—En relación a la subrogación arrendaticia por muerte del arrendatario las Audiencias Provinciales habían ofrecido diferentes interpretaciones respecto al alcance del artículo 16.3 LAU 1994. Mientras algunas Audiencias Provinciales exigían el cumplimiento, dentro del tiempo fijado por la LAU 1994, de los requisitos formales en ella previstos, otras valoraban que, aun no cumpliendo estrictamente las formalidades establecidas, el conocimiento del fallecimiento del arrendatario equivale a un consentimiento.

miento tácito en la subrogación, pese a que no se lleve a cabo la comunicación a la que se refiere el artículo 16.3 LAU 1994. Sobre-dicha divergencia interpretativa el Tribunal Supremo resolvió que «para que se produzca la subrogación, es imprescindible que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT 2.^a LAU (SSTS de 3 de abril de 2009, de 22 de noviembre de 2011 y la que ahora se extracta de 12 de abril de 2013). (C.O.M.)

17. Responsabilidad profesional del Abogado: Arrendamiento de local de negocio: Régimen transitorio del Decreto-Ley Boyer: Diversas interpretaciones jurisprudenciales: Inexistencia de responsabilidad.—Del examen de los autos resulta que la Cooperativa recurrente era arrendataria de los locales donde desarrollaba su actividad en virtud de dos contratos de arrendamientos de local de negocio de 31 julio de 1980 y de 31 enero de 1985. El 1 abril de 2000 formalizó un nuevo contrato de oficinas para uso distinto de vivienda por un plazo de 5 años y el 30 diciembre de 2005 el arrendador notificó la no prórroga del contrato y, por tanto, la Cooperativa se vio obligada a abandonar las oficinas que ocupaba.

La entrada en vigor del RDL 2/1985, de 30 abril, suprimió el régimen obligatorio de prórroga forzosa respecto de la duración de los arrendamientos. Frente al sistema regulado en LAU 1964, se impuso una plena libertad a la hora de fijar la duración de un contrato de arrendamiento urbano. Así se originaron contratos sometidos a tres regímenes jurídicos distintos, por lo que el legislador estableció un complejo sistema de Disposiciones Transitorias aplicables a aquellos contratos nacidos antes de su entrada en vigor sujetos a prórroga forzosa. La cuestión litigiosa se centra principalmente en la calificación de los contratos de arrendamiento que permitía la Cooperativa desempeñar su actividad profesional, bien como contrato de arrendamiento asimilado a los de local de negocio o bien como mero contrato de arrendamiento de local de negocio, que resulta trascendente para determinar sus efectos jurídicos y, principalmente, su duración, dado que en el primer caso resultaría aplicable la DT 4.^a LAU 1994, que establecía cinco años, y en el segundo la DT 3.^a que en relación a locales de negocio arrendados por personas jurídicas ordenaba que se extinguirían a los 20 años.

Debe tenerse en cuenta que en este proceso, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial ponen de manifiesto que la cuestión relativa a la aplicación de las mencionadas disposiciones transitorias no era una cuestión pacífica y que existía una jurisprudencia dispar en las sentencias de las Audiencias Provinciales. En efecto, un somero examen de la jurisprudencia corrobora que no puede hablarse de la existencia de una solución indiscutible en virtud de la aplicación inconclusa de una jurisprudencia firme sobre el particular. En suma, no puede considerarse que el criterio, al menos en el momento en que se plantea la cuestión, tuviera un grado suficiente de certeza «tanto como criterio jurídico consolidado, como en la delimitación de los supuestos de hecho a los que es aplicable», como para poder ser considerado como suficientemente establecido sin un margen de interpretación razonable.

Debe entenderse que la parte recurrente no ha probado que la conclusión del nuevo contrato del año 2000 se debió al consejo del Abogado demandado contrario a un criterio establecido con solidez y no susceptible de apreciación

o interpretación en sus aspectos jurídicos o fácticos en el ámbito doctrinal y jurisprudencial. La jurisprudencia arrendaticia urbana es casuística, en el sentido de que se pueden plantear múltiples supuestos de hecho en atención a las cláusulas del contrato, la actividad desarrollada, la personalidad del arrendatario, etc. En estas circunstancias no puede considerarse que el consejo dado por el Abogado demandado para la firma por parte de la Cooperativa recurrente del nuevo contrato de arrendamiento de las oficinas para uso distinto de vivienda de 1 de abril de 2000 por un plazo de cinco años no fuera aceptable desde el punto de vista de los intereses del cliente, pues como pone de relieve la sentencia recurrida, la Cooperativa tenía interés en permanecer en las mismas oficinas y en consecuencia debe considerarse adecuado que el Abogado aconsejara la firma del nuevo contrato: No estima la Sala que exista responsabilidad profesional en el consejo que le ha prestado. (**STS de 5 de junio de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La singularidad del caso radica en que la Cooperativa actora mantenía con el demandado un contrato que denomina de asesoramiento externo con estipendio por igual a razón de 45.000 pesetas trimestrales, si bien los encargos específicos se cobraban aparte. Aunque no se aclara la duración de aquél, su mera existencia permite inferir unas relaciones profesionales duraderas que suponían probablemente un mayor conocimiento recíproco que puede originar hasta confianza y buena fe entre las partes, ambiente global y difuso en el que cabe suponer que se efectúa el asesoramiento litigioso. La parte actora en primera instancia reclama una indemnización próxima a 300.000 euros, concediéndose por el Juzgado de Primera Instancia la décima parte aproximadamente. La Audiencia Provincial estimó el recurso del Abogado, absolviéndole totalmente de la reclamación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. Al haber recaído dos sentencias sobre idéntica materia y Ponente, en la misma fecha, el número de resolución de la extractada es: 374/2013. (G. G. C.)

18. Responsabilidad profesional de abogado: Recurso por infracción procesal: Motivación sentencia.—La conclusión de la sentencia impugnada no es ilógica, arbitraria, ni manifiestamente errónea, dado que: (i) Se basa en la valoración de la abundante prueba documental; (ii) en el motivo no se ha justificado que la valoración de esta prueba documental sea errónea; (iii) la denuncia de la vulneración del artículo 218 LEC resulta improcedente; (iv) la sentencia de la Audiencia Provincial realiza una valoración de la prueba tomando en consideración aquellos elementos que juzga relevantes para obtener sus conclusiones; y (v) la sentencia recurrida realiza una valoración de la actuación profesional de la Abogada atendiendo a las diversas circunstancias inducidas de los diferentes medios de prueba existentes y expresa las razones en virtud de las cuales considera que la conducta de la misma tuvo influencia causal en la pérdida de la oportunidad padecida por el actor, razón por la cual se le exige responsabilidad. En realidad, la fundamentación jurídica del motivo envuelve una disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba, realizada por la Audiencia Provincial en ejercicio de sus facultades exclusivas.

Recurso de casación: Responsabilidad por frustración de las acciones judiciales: Doctrina general.—El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta como regla general la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas. 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 consideradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva, y por ello un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC. Es menester 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 nombre de su cliente.

Pluralidad de demandados: No hay concurso de culpas.—El recurrente interpuso demanda de responsabilidad civil profesional contra D. Marco Antonio (economista), D. Dimas (Abogado) y D.^a Miriam (Abogada), por omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales en la defensa judicial y extrajudicial de sus intereses para la recuperación del local vendido a Segurauto, Compañía de seguros y reaseguros. La Audiencia Provincial absolvió a D. Marco Antonio y a D. Dimas, por lo que resta por analizar la valoración de la sentencia de apelación en el sentido de que tanto el recurrente como D.^a Miriam contribuyeron a la pérdida de la oportunidad procesal. Esta Sala estima que debe estimarse el recurso pues cuando un Abogado acepta un encargo corresponde a éste, en el desempeño diligente de su profesión, poner todos los medios jurídicos precisos para obtener el resultado perseguido por su cliente. Y aunque no toda deficiencia en el cumplimiento del encargo recibido puede ser determinante de responsabilidad, sí lo es cuando, como en este caso, la Abogada no desplegó la diligencia que le era exigible, sin que pueda apreciarse concurrencia de culpas, pues tan sólo puede ser objeto de valoración la conducta profesional de la Abogada, que llevó a que el demandante perdiera su condición de acreedor del dominio.

Valoración del daño causado al cliente.—El daño sufrido por el recurrente se ha traducido en la pérdida de su condición de acreedor de dominio, pues no pudo hacer valer tal condición porque a pesar de obtener una segunda sentencia favorable a sus intereses, tal sentencia era inejecutable, pues el inmueble había sido vendido con anterioridad por el liquidador de la CLEA a un tercero y, en consecuencia, la pérdida de la oportunidad procesal se ha traducido finalmente en la disminución de su patrimonio en la parte del precio de la compraventa no percibido que ascendía a 23 millones de pesetas. Y como esta Sala no ha apreciado la concurrencia de culpas en cuanto a la indemnización por la pérdida de la oportunidad procesal debe realizarse un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción, considerándose acertada la cuantía concedida por la Audiencia Provincial, confirmando la indemnización de 46.077,60 euros, que devengará el interés legal desde la interposición de la demanda. Por último, se confirma la denegación de la indemnización correspondiente al daño moral.

Denegación del recurso interpuesto por la abogada, declarada única responsable.—Como pone de manifiesto la Audiencia Provincial, la falta de requerimiento notarial impidió la medida cautelar a tiempo, y dicho criterio

es aceptable pues cuando se interpuso la primera demanda, el 7 de diciembre de 1994, estaba en vigor la LEC 1881, y se daban los requisitos necesarios para solicitar la medida cautelar de anotación preventiva, pues de acuerdo con el artículo 728.1 de dicha ley concurrían en el demandante el *fumus boni iuris* por la existencia del contrato privado y los pagos previos realizados por Segurauto SA y por el transcurso del plazo sin que ésta hubiera pagado la parte del precio aplazado y estos elementos permitían fundar un juicio provisional e indicario favorable al fundamento de su pretensión; también concurría *periculum in mora* por la situación que se encontraba la Compañía de seguros adquirente, intervenida y en liquidación. Y el peligro de la mora procesal también se derivaba de la cancelación de la condición resolutoria el 8 de julio de 1994, en el Registro de la Propiedad a instancia del Ministerio de Economía y Hacienda, por haber transcurrido más de seis meses sin que constase ninguna reclamación de la parte vendedora, y expedirse en la misma fecha certificación de cargas de la finca a solicitud del Ministerio. A la vista de todo ello, hubiera sido aconsejable haber solicitado con la primera demanda, o con carácter previo, la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda, y al no hacerlo así la Abogada omitió la diligencia exigible en el cometido de su profesión, pues no aplicó los imprescindibles conocimientos jurídicos que hubieran evitado que el demandante perdiera su condición de acreedor de dominio y la inscripción registral de la misma hubiera impedido la venta a un tercero, como ocurrió finalmente. (**STS de 22 de abril de 2013**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Como es frecuente en este tipo de reclamaciones el supuesto fáctico se prolonga en el tiempo y resulta, además, complejo por la intervención estatal en la insolvencia de las entidades aseguradoras a través de la CLEA. En 1991 se enajena por escritura pública una finca a Segurauto, con parte del precio aplazado y condición resolutoria expresa en caso de impago, con seis meses de caducidad, que se inscribe en el Registro. Al año siguiente la compradora entra en liquidación, debiendo 23 millones de pesetas al vendedor. Este solicita los servicios profesionales de un despacho colectivo, asesorándole un economista y dos letrados, encomendando en definitiva la defensa a una letrada. En 1994 el Ministerio de Economía y Hacienda insta la cancelación de la cláusula referida a la condición resolutoria expresa en caso de impago del precio aplazado. Entretanto se suceden varios procesos tramitados sucesivamente en Bilbao y Madrid, con resultado parcialmente favorable al autor, aunque sin resultado práctico dado que la abogado no había instado en ningún momento la anotación preventiva de la condición resolutoria pactada en caso de impago. La acción ejercitada por el vendedor es desestimada por el Juzgado de Primera Instancia en 2008, siendo parcialmente estimada en Sentencia de la Audiencia Provincial en 2009. La acción de responsabilidad civil se había dirigido contra varios codemandados (economista, letrado que se limita a emitir dictamen, y letrada que asume finalmente la defensa, todos los cuales actúan de hecho como despacho colectivo de asesoramiento); pero en casación la cuestión se reduce a determinar si el propio vendedor es corresponsable por haber intervenido de alguna manera en la causación del perjuicio, o si sólo es responsable la Letrada que se encargó personalmente del asunto, solución

esta última que adopta el Tribunal Supremo Parece convincente la exclusiva responsabilidad profesional de la demandada. (G.G.C.)

19. Responsabilidad profesional del abogado: Frustración de la acción judicial de retracto urbano: Viabilidad: Cuantía de la indemnización.—La sentencia de la Audiencia Provincial como hizo la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, limita la indemnización por la negligencia profesional del abogado al daño patrimonial, precisando la primera que se trata de indemnizar daños materiales, no daños morales, teniendo en cuenta que el demandado no negó su falta de diligencia. En consecuencia la Audiencia Provincial examinó la pérdida de oportunidad de obtener un beneficio patrimonial por el ejercicio en plazo y forma de la acción de retracto, pues es un hecho probado que la acción era viable pues se daban los requisitos necesarios para su ejercicio. Estos hechos integran el conjunto de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida y vinculan al tribunal de casación en tanto que no han podido ser desvirtuados por el cauce legalmente establecido a tal fin, constituyendo la base fáctica en que se sustentó el juicio de probabilidad realizado por la Audiencia Provincial.

En consecuencia, la conducta del Abogado demandado es integrante de una infracción del deber de diligencia profesional, pues no presentó la demanda de retracto en el plazo de 60 días y esta inactividad determinó que el recurrente no pudiese adquirir la vivienda de la que era arrendataria. El daño consistió en la frustración de la acción judicial.

En el supuesto de autos no puede desconocerse que la acción de retracto era perfectamente viable, como reconoció la sentencia recurrida, pero la Audiencia Provincial no fijó un porcentaje concreto de posibilidades de éxito, sino que tan solo hizo referencia a los hipotéticos motivos de oposición que hubieran podido formular los retraídos. No obstante, redujo el importe de la indemnización concedida por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 200.199,08 euros a la suma de 50.000 euros. De lo expuesto resulta que la falta de fijación del porcentaje y la alusión genérica a la incertidumbre del proceso, después de afirmar la viabilidad de la acción, obliga a esta Sala a valorar el perjuicio causado en la suma de 100.099,54 euros, es decir, el 50 por 100 de la cifra otorgada por el Juzgado de Primera Instancia, a tenor de la apreciación de las posibilidades de éxito de la acción, pues respetando la valoración fáctica de la Audiencia Provincial no puede afirmarse que el porcentaje de posibilidades de fracaso sea superior al de éxito en el caso de que hubiera sido entablada. (**STS de 5 de junio de 2013**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La determinación del daño producido por la negligencia profesional del Abogado es una de las cuestiones más arduas de estos procesos. En el presente caso, ante la falta de fijación del porcentaje de éxito en que incurre la sentencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo acude a un escueto y casi mecánico reparto matemático del mismo estableciendo que son análogas tanto las posibilidades de éxito como de fracaso. Al haber recaído dos sentencias el mismo día, sobre idéntica materia y coincidente Ponente, el número de identificación de la presente es: 373/2013. (G.G.C.)

20. Culpa extracontractual: Daños por productos retirados del comercio por la Administración: Medicamento contra la menopausia: Insuficiente información del prospecto: Resoluciones administrativas sobre fármaco-vigilancia y su eficacia civil.—El laboratorio médico, Sanofi-Aventis SA, fue condenado en primera instancia a indemnizar a nueve de las sesenta y ocho demandantes, de los daños producidos por el consumo del medicamento *Agreal*, cuyo principio activo era la veraliprida, para el tratamiento de sofocos y manifestaciones psicofuncionales de la menopausia confirmada, y que comercializó desde 1983 hasta la retirada del mercado por orden administrativa en el año 2015. En apelación sólo recurrieron veintidós de las afectadas, confirmando la sentencia respecto a aquellas nueve actoras, aunque reduciendo las cuantías, y también rechazó el recurso del laboratorio.

Las resoluciones que se dictan, o se hayan dictado, en sede administrativa (Tribunal Supremo y Audiencia Nacional) tienen su origen en distintas reclamaciones formuladas contra la Administración como consecuencia de un funcionamiento anormal de las potestades de intervención en materia de medicamentos. La respuesta favorable a la Administración se justifica: (i) No hay un funcionamiento anormal de la potestad de autorización y de fármaco-vigilancia, en un contexto de incertidumbre sobre los efectos concretos que pudiera tener la especialidad farmacéutica, porque hasta ese momento el medicamento sólo había sido experimentado. Una vez autorizado el fármaco, la Administración desarrolla la actividad de fármaco-vigilancia, cuyo fin primordial es proporcionar de forma continuada la mejor información posible sobre la seguridad de los medicamentos posibilitando así la adopción de las medidas oportunas y, de este modo, asegurar que los medicamentos disponibles en el mercado presentan una relación beneficio-riesgo favorable para la población en las condiciones de uso autorizadas. Para ello tiene en cuenta el reducido número de notificaciones que llegan a su conocimiento sobre reacciones adversas recibidas hasta el año 2004, y que eran desfavorables en sus indicaciones autorizadas por lo que decide reevaluar la relación riesgo-beneficio y suspende la comercialización en junio 2005; (ii) Un adecuado ejercicio de esa actividad de fármaco-vigilancia compromete a todos los agentes implicados con el fin de asegurar una comunicación efectiva entre ellos. El titular de la autorización tiene obligación de llevar un Registro y notificar a la Agencia Española del Medicamento las sospechas de reacciones adversas notificadas; realizar, cuando se precise, estudios post-autorización para confirmar, cuantificar o caracterizar riesgos potenciales, o bien aportar información científica nueva sobre la relación beneficio-riesgo de los medicamentos que tenga autorizados en España y comunicar inmediatamente a la Agencia toda aquella nueva información que pueda influir en la evolución global de la relación beneficio-riesgo o bien pueda requerir la modificación de la ficha técnica, prospecto, o ambos; (iii) No se acredita la existencia de una relación de causalidad entre la actuación u omisión de la Administración y el resultado producido. El hecho que ha originado el daño no es, por tanto, el mismo que se ha planteado y se ha resuelto en ambas jurisdicciones, ni el causante es la Administración, sino el laboratorio demandado. Además, el hecho de que las autoridades administrativas pudieron no haber adoptado las medidas pertinentes en orden al cumplimiento de las funciones que les son propias no es obstáculo a la existencia de responsabilidad del Laboratorio por el carácter defectuoso del producto por falta de información. Los niveles de seguridad exigibles en la sociedad actual comportan no solamente la prohibición, de poner en circulación productos peligrosos por un defecto de información,

sino también la exigencia, común a todos los agentes implicados, de notificar a la Agencia española del Medicamento las sospechas de reacciones adversas graves que ocurran en España o fuera de España, que puedan influir en la evaluación global de la relación beneficio-riesgo o bien pueda requerir la modificación de la ficha técnica, prospecto, o ambos.

Carga de la prueba.—La carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de prueba, nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que teniéndose por no probado por el tribunal un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, por el tribunal se atribuyen los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el artículo 217 LEC (SSTS de 29 de julio de 2010, 21 de febrero de 2011 y 25 de abril de 2012).

Cuestión radicalmente diferente es la dosis de prueba, la cual como precisa la STS de 30 de abril de 2011, salvo los casos en que basta un principio de prueba, en los demás, la tasa exigible varía según las circunstancias del supuesto de que se trate, y así para la convicción del juzgador puede ser suficiente cualquiera de los medios de prueba, o las presunciones. Y la falta de entidad de una prueba sólo es denunciable en el recurso extraordinario, en sede del ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC, cuando incurra en irrazonabilidad o arbitrariedad, cuya realidad debe acreditarse.

Jurisprudencia anterior sobre casos idénticos.—El conocimiento por esta Sala del problema que aquí se debate, no es nuevo. Las SSTS de 17 de junio de 2011, 28 de mayo y 6 de junio de 2012, se han pronunciado sobre la misma cuestión suscitada y las conclusiones, al margen de la prueba de la relación causal, deben ser necesariamente idénticas. 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 fármaco no descritos en el prospecto y, si con arreglo a la normativa aplicable, debían figurar en él. Se reitera lo que anteriormente se declaró, que *cuando la ciencia aún no ha demostrado algo relativo al consumo de un fármaco y se pone de manifiesto un efecto contrario a la salud funciona el sistema de control que —en el caso de Agreal—, supuso la suspensión de la comercialización acordada por la AEMPS en 20 de mayo de 2005*. A lo que debe añadirse que *en 2007 la Agencia Europea del Medicamento retiró su comercialización en Europa*.

Recurso de casación: Deficiente información del prospecto sobre efectos secundarios: Defectos formales.—No es viable la respuesta a un recurso carente de indicación de la norma sustantiva infringida, ni menos aun reconducir el debate casacional, retomando lo expuesto en recursos anteriores, a un contexto «del débil contra el fuerte», anclado en «tópicos» construidos alrededor de una normativa sobre medicamentos, o a una interpretación rigorista sobre la protección del consumidor. Lo que el recurrente ha formulado en realidad es un escrito de alegaciones, propio, a lo sumo, de la instancia o de un recurso de apelación, en donde intenta contradecir y sustituir la valoración de la prueba que la Sala de Apelación efectuó, mediante la cita dispersa de diversa normativa. Esta clara infracción procesal sería suficiente para rechazar el motivo, si no fuera porque el fondo del asunto se refiere a una cuestión jurídica mucho más simple de la que se quiere aparentar, pues difícilmente pueden encajarse los hechos declarados probados en la normati-

va que cita desordenadamente, cuyo fin último, parece olvidar, es la protección de la salud y el respeto de los derechos de los pacientes.

Según la STS de 1 de junio de 2011, junto al etiquetado, la ficha técnica y el prospecto constituyen vertientes fundamentales del derecho a la información en el ámbito del Derecho sanitario. Lo cierto es que en el prospecto de Agreal no se hallaban descritos suficientemente los efectos adversos del medicamento, siendo la información en el contenido, insuficiente e inadecuada en orden a posibilitar el consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del fármaco, lo que permite calificar de defectuoso a un medicamento que, como *Agreal*, generaba sin duda expectativas de seguridad que no se correspondía con el producto, lo que originó, según la sentencia recurrida, una situación de riesgo permanente vinculada a una indudable falta de diligencia de los laboratorios al no haber trasladado a los pacientes la información necesaria sobre los efectos adversos y al hecho de que, faltando la necesaria autorización administrativa respecto de la modificación de la ficha técnica y del prospecto debió de informar a los facultativos de todos los aspectos conocidos acerca del medicamento. Tampoco la duración del tratamiento se especificaba en el prospecto. 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, difícilmente podían los médicos y farmacéuticos informar a los pacientes respecto a los efectos adversos o pautas terapéuticas salvo desde un criterio puramente voluntarista o de simple oficio con evidente riesgo para todos ellos, alguno materializado.

Daños morales.—La cuestión de si es o no resarcible el daño moral al amparo de la Ley de protección de consumidores, hay que tener en cuenta que el Texto refundido en sus arts. 128 y 129, lo integra como objeto de una posible reclamación. En el presente caso se fundamenta en la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC, y no en la responsabilidad objetiva reservada a otra suerte de daños. En cuanto a la cita de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros privados de 8 de noviembre de 1995, debe precisarse lo siguiente: (i) no se toma como determinante para la valoración del daño vinculado a *la inquietud y padecimiento psíquico añadido*, y (ii) en alguno de los hechos que fundamentan el motivo refiere una cuestión meramente fáctica, como es la situación física de las demandantes, lo que tiene que ver con la apreciación de la prueba, y en ningún caso se identifica la regla del baremo que pudiera ser determinante de una solución jurídica distinta. (**STS de 18 de junio de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Los daños ocasionados por los productos suelen prolongarse en el tiempo, bien sea porque las víctimas los padecen permanentemente hasta su muerte (acaso no debida causalmente a aquellos daños), bien sea porque no habiendo sido eliminada la causa productora (en este caso un fármaco), nuevas víctimas se agregan sucesivamente a las iniciales. Así ocurre con la sentencia extractada que sigue la línea iniciada por la STS de 17 de junio 2011, continuada por las de 28 de mayo y 6 de junio de 2012, sin que pueda decirse que se haya puesto ya punto final jurisprudencial. Ha contribuido a la elaboración de una doctrina cada vez más sólida y coherente la circunstancia de ser el mismo Ponente en las cuatro sentencias aludidas. Siendo caracteres comunes fácticos de tales

procesos, el plantearse siempre ante los Jueces y Tribunales de Barcelona; el gran número de mujeres usuarias del producto demandantes (91 en el primero; 130 en el segundo; 21 en el tercero, 40 en el cuarto) y el reducido número de quienes logran un éxito parcial (una en el primero; seis en el segundo; quince en el tercero; once en el cuarto); el contraste entre las sumas elevadas que se solicitan y las reducidas indemnizaciones que se otorgan (cifras de seis dígitos frente a cuatro). Así debe señalarse que la Sala 1.^a ha consolidado su doctrina en materia de responsabilidad por los productos farmacéuticos, al producirse la reiterada falta de información en el prospecto redactado por el laboratorio, hasta el momento de su retirada del mercado. Como carácter general sobre el tema: Encarnación Abad Arenas y M.^a Fernanda Moretón Sanz, *Revisión del régimen de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos: Nuevas perspectivas a la luz del texto refundido y de la Europa de los consumidores*, (Congreso virtual Eumednot, sobre «El Derecho civil en Latinoamérica y Filipinas: Concordancias y peculiaridades», nov. 2014) con amplia información doctrinal y jurisprudencial. (G.G.C.)

21. Culpa médica: Rotura de fémur por caída en casa, de varón de 44 años, con antecedentes de poliomielitis: Intervenciones posteriores por secuelas: Consentimiento informado: Daños previstos y aceptados.— La prueba obrante en las actuaciones permitió a la Sala de Instancia declarar que hubo información escrita pero que esta no fue suficiente para ser considerada como tal al tratarse de un impreso en el que se constata de forma general y genérica los riesgos típicos de la intervención, dejando en blanco los riesgos personalizados que derivan de las condiciones peculiares de la patología o estado físico del paciente, así como de sus circunstancias personales o profesionales relevantes. Esta Sala no acepta la valoración jurídica de estos hechos.

El consentimiento informado es un documento que se firma y fecha para documentar que el paciente ha sido informado acerca de sus derechos, en este caso como sujeto en una cirugía de fracturas diafisarias. A diferencia del caso contemplado en STS de 15 de noviembre de 2006 (litiasis por medio de ondas de choque), no se trata de un simple y escueto formulario, más próximo a un mero acto administrativo que médico, antes al contrario satisface los mínimos éticos de una información adecuada que se le ofrece a partir de un modelo predeterminado para un mismo procedimiento terapéutico, que sirve, sin duda, a esta finalidad, y que el paciente firma reconociendo que ha recibido suficiente información y que se le permite solicitar del facultativo aclaraciones al mismo. El documento no ofrece complejidad alguna y lo que no se puede poner a cargo del facultativo es una prueba distinta de la que resulta del documento informativo, cuando en un supuesto normalizado, se produce con la privacidad y confidencialidad necesaria a este fin, máxime cuando la intervención practicada encaja con una forma lógica de hacer las cosas, como así se hizo en la fase inicial del tratamiento, según refleja la historia clínica, en la que se informa al paciente y a los familiares de la necesidad de la intervención quirúrgica que se pospuso debido a la toma de antiagregantes, sin que conste que este no hubiera comprendido la información que se le entregó en forma adecuada, por lo que la opción de

intervención quirúrgica fue tomada de forma libre y voluntaria aceptando los riesgos inherentes al tratamiento.

Es cierto que se deberán particularizar los riesgos personalizados relacionados con las circunstancias de los pacientes o con cualquiera otra circunstancia de análoga naturaleza y que aparece sin llenar el apartado correspondiente a estos riesgos, pero amén que la imputación que se formula en la demanda es meramente formal y objetiva derivada de la simple falta de información, lo que impide considerar la naturaleza o influencia de un riesgo no informado en el daño, una cosa son los riesgos específicos o personalizados del paciente, que son aquellos que sufre por sus características personales, y otra distinta la evolución de la enfermedad debido a sus características. Lo cierto es que las complicaciones sufridas están debidamente informadas y son las mismas que se pueden producir en cualquiera y, además, nada tienen que ver con su situación a la que se llegó a partir de una praxis médica correcta y de la influencia que en el caso tuvo un apoyo prematuro de la pierna por la desatención del propio paciente «que se levantaba y se iba al baño andando, obligando a recolocar la tracción y que seguía fumando y haciendo lo que quería», conforme a la valoración de la prueba contenida en la sentencia del Juzgado, no desmentida en la de la Audiencia, lo que nada tiene que ver ni con la operación ni con el tratamiento que fue correcto, por lo que resulta civilmente intrascendente puesto que no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica, es decir, no genera responsabilidad civil, por cuanto los daños reclamados constan en dicho consentimiento y fueron aceptados por el mismo. (**STS de 11 de abril de 2013; ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Con toda razón la sentencia (FD-1.º) habla de la «compleja y larga sucesión de hechos» que precedieron a la demanda, comprendiendo, además de la intervención principal (colocación de un clavo en el fémur fracturado) hasta cuatro intervenciones posteriores, algunas practicadas en una clínica diferente, debidas a subsiguientes secuelas y complicaciones. El no valorar el hecho de dejar en blanco, en el formulario de información, la casilla relativa a los «riesgos personalizados», sorprende un tanto, máxime si se tiene en cuenta que el documento que suele presentarse al enfermo está normalmente redactado en lenguaje médico-científico, no siempre accesible a todos los pacientes. Si embargo, los actos propios del enfermo que enumera la sentencia extractada convencen de lo acertado de la absolución del médico, que conlleva, sin más, la de la clínica a la vista de la redacción de la demanda inicial. (G.G.C.)

22. Culpa médica: Ginecólogo que asiste a parto con riesgo: Parto vaginal subsiguiente a parto con cesárea: Precauciones a adoptar: Negligencia: Falta de consentimiento informado.—Según la STS de 29 de enero de 2010, el médico en su ejercicio profesional es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces en todo acto o tratamiento que decide llevar a cabo, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la Ciencia médica, o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica, en cuanto está comprometido por una

obligación de medios en la consecución de un diagnóstico o de una terapéutica determinada, que tiene como destinatario la vida, la integridad humana y la preservación de la salud del paciente. Esta alternativa se plantea en los casos de partos que culminan el embarazo: el vaginal y la cesárea, y en ambos la diligencia del buen médico comporta, no sólo la elección adecuada, sino el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas para cada uno conforme a una buena praxis médica y con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a la intervención según su naturaleza y circunstancias.

Lo que ocurrió en este caso es que se intentó el parto vaginal tras uno anterior realizado por el mismo facultativo culminado con cesárea, lo que le convertía en un parto de riesgo que los ginecólogos deben conocer e identificar para evitar los problemas que pudieran evitarse, pues ello forma parte de su actividad. La complicación más grave es la que se materializó en este caso, de rotura uterina, y los factores de su incremento, la no existencia de otro parto vaginal previo, la inducción al mismo y los intervalos entre parto inferiores a 18 meses. Sin duda es posible intentar esta forma de parto, pero siempre que exista una monitorización bien controlada, con vigilancia fetal continua, y lo cierto es que, no solo no obra en autos registro cardiotocográfico, para la evaluación fetal ni que tuviera lugar fuera del partograma si aportado entre las 13 y las 15 horas, siendo en esta última gráfica que este describe cuando tuvo lugar la advertencia de que existía bradicardia y una hipertonia uterina, sino que cuando la decisión se adoptó se hizo sin informar a la actora de todos los riesgos descritos, como declara probado la sentencia recurrida.

No se ignora que la actividad médica no está desprovista de riesgo y los criterios de objetivación de la responsabilidad sanitaria están vedados por la jurisprudencia, pero lo que no puede el médico es incrementar de forma innecesaria e inadecuada los riesgos que ya en sí mismo tiene el acto médico y hacer partícipe de los mismos a la paciente, sin una previa y detallada información y consentimiento expreso de esta, cuando era posible hacerlo.

Valoración de los daños: Negación de pensión vitalicia: Invocación del Baremo de Accidentes de la circulación: Requisitos de aplicación.—El baremo no solo no menoscaba el principio de indemnidad de las víctimas, sino que la mayoría de las veces son ellas las que acuden a este sistema de valoración para identificar y cuantificar el daño entendiendo que, en esa siempre difícil traducción a términos económicos del sufrimiento causado, no solo constituye el instrumento más adecuado para procurar una satisfacción pecuniaria de las víctimas, sino que viene a procurar al sistema de unos criterios técnicos de valoración, dotándole de una seguridad y garantía para las partes mayor que la que deriva del arbitrio judicial. Ahora bien, esta regla tiene dos limitaciones; una, que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema, y otra que aun siendo posible revisar en casación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o incorrectamente, en ningún caso podrá ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado.

En este caso, para la determinación, valoración y cuantificación de los días de estabilización y secuelas, la parte actora se acogió al baremo vinculante para los accidentes de tráfico, pero orientativo en otros casos, como el que resulta de la responsabilidad civil médica. Y lo que no es posible es tenerlo en cuenta cuando le interesa y apartarse del mismo si le resulta perjudicial para, como en este caso, conseguir una renta vitalicia incompatible con la indemnización que se determina: el baremo establece la posibilidad de un doble sistema indemnizatorio a elegir entre una indemnización global que se establece en función de distintos factores, entre otros el de la edad de la lesionada, o la renta vitalicia. Lo que no es posible son los dos. (**STS de 18 de junio de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 25 de febrero de 2010, desestimó íntegramente la acción indemnizatoria por causa de las graves secuelas de un parto con riesgo, con la consecuencia de parálisis cerebral grave, con tetraparesia espástica y discapacidad del 69 por 100 con posibilidad y probabilidad de aumentar en el futuro. La Audiencia Provincial en sentencia de 29 de noviembre de 2010 estimó parcialmente la demanda, condenando al médico ginecólogo al abono de una indemnización por un total de 944.967, 74 euros. Este último interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, por falta de motivación y congruencia de la sentencia y violación de las reglas de prueba, que fue desestimado. También recurso de casación, por falta de culpa médica, infringiendo los artículos 1101, 1104 y 1106 en relación con el artículo 1902 CC. Asimismo, los padres de la lesionada, recurrieron por violación del principio de reparación integral del daño, al rechazarse la constitución de una renta vitalicia por importe de 42.070,85 euros anuales. La sentencia de casación es, por un lado, muestra de la celeridad que últimamente se está imprimiendo por la Sala 1.^a a la resolución de los procesos civiles (en este caso, poco más de tres años entre las resoluciones de primera instancia y de casación), y, por otro, la elevada cuantía de la indemnización concedida en apelación muestra la gravedad de los daños que pueden resultar de un parto con riesgo (que supera la suma de 158 millones de las antiguas pesetas). Los argumentos para rechazar la implementación de la cuantía otorgada, con una pensión vitalicia, son convincentes, aunque resulta evidente que la lesionada precisará de por vida de asistencia total para satisfacer sus necesidades de la vida ordinaria. (G.G.C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

23. Propiedad Horizontal. Interpretación de la expresión *salvado su voto* del artículo 18.2 LPH.—La necesidad de *salvar el voto* únicamente tiene sentido en aquellos casos en los que los propietarios asisten a la Junta sin una información o conocimiento suficiente sobre el contenido y alcance de los

acuerdos que se van a deliberar, y deciden no comprometer su voto, favorable o en contra, sino abstenerse de la votación a la espera de obtenerla y decidir en su vista. A ellos únicamente habrá de exigírseles dicho requisito de salvar el voto, pues en otro caso sí que se desconocería su postura ante dicho acuerdo. Con ello se evita, además, que el silencio o la abstención puedan ser interpretados como asentimiento al posicionamiento de la voluntad mayoritaria que se expresa en uno o en otro sentido. (**STS de 10 de mayo de 2013**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Un grupo de comuneros, en régimen de propiedad horizontal, demandaron a su Comunidad para obtener la nulidad de determinados acuerdos adoptados en dos juntas generales. La demanda fue estimada en parte por el Juzgado y su pronunciamiento fue revocado también en parte por la Audiencia. Los actores recurrieron en casación y el Tribunal Supremo casó sólo en parte la sentencia de la audiencia. (*F.L.S.N.*)

24. Derechos de propiedad intelectual. (Falta de) protección de eventos deportivos como obras por el derecho de autor. Requisitos para el surgimiento de un derecho afín a favor del productor audiovisual.—La grabación de eventos deportivos no es una creación literaria, artística o científica expresada por cualquier medio o soporte y, concretamente, no es una creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sincronización incorporada, luego no cumple la condición de obra, ni, concretamente, la definición de obra audiovisual contenida en el artículo 86.1 de la Ley de Propiedad Intelectual. La firma de un contrato no es un hecho generador de un derecho afín al derecho de autor, pues no genera *per se* derechos del productor de grabaciones audiovisuales cuando hasta ese momento no se había realizado grabación audiovisual alguna, por lo que tales derechos no podían ser transmitidos. En otras palabras, es la producción de la grabación audiovisual lo que generaría tales derechos y determinaría su titularidad, y no así la previa concertación de un contrato de cesión exclusiva. Para que nascan estos derechos es preciso que el sujeto hubiera producido previamente la grabación audiovisual del partido de fútbol o que hubiera permitido a un tercero realizarlo materialmente, pero conservando el primero la iniciativa y la responsabilidad en la grabación audiovisual. (**STS de 25 de junio de 2013**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La Real Federación Española de Fútbol y Sports, S.L., celebraron un contrato cuyo objeto era la cesión por parte de la primera, con carácter exclusivo, a favor de la segunda, de los derechos audiovisuales que la Real Federación afirma tener sobre el evento deportivo de la Final del Campeonato de España-Copa de Su Majestad El Rey del año 2009. Tras ello, Sports, S.L., autorizó a la entidad de radiodifusión Televisión Española la grabación, emisión y proyección de dicho encuentro deportivo. Banco A organizó y celebró un evento público de carácter oneroso en el estadio San Mamés de Bilbao, consistente en la emisión en las pantallas convenientemente instaladas en el recinto de la señal audiovisual del partido de fútbol correspondiente a la Final de la Copa del Rey, al que

asistieron 40.000 espectadores, habiéndose cobrado tres euros a cada uno de ellos.

Sports, S.L., interpuso demanda contra Banco A, en la que solicitaba que se declarase que la conducta del demandado había supuesto un uso no autorizado de la grabación audiovisual, en infracción de los arts. 48, 121 y 122 de la LPI y de la buena fe, por infringir los derechos de propiedad intelectual que correspondían a la actora y, subsidiariamente, solicitando que se declarara que dicha conducta constituyía un acto contrario a los arts. 5 y 12 de la LCD y a la buena fe. En ambos casos, la sociedad demandante solicitaba la condena de la demandada a abonar 120.000 euros en concepto de daños y perjuicios, junto con los intereses legales.

En sentencia de 11 de junio de 2010, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao desestima la demanda. Entiende que la demandante no es titular ni de un derecho de autor sobre el evento deportivo, conforme al artículo 10 de la LPI, pues éste no merece la calificación de obra, por carecer de originalidad, ni de un derecho afín como productor, conforme al artículo 120 de la LPI. Asimismo, sostiene que no ha existido un aprovechamiento de la reputación de la actora ni una actuación engañosa que pueda suponer una infracción de la Ley de Competencia Desleal.

La demandante interpone recurso de apelación, que es estimado por la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección cuarta), en sentencia de 20 de mayo de 2011. El órgano de apelación entiende que la actora era cessionaria en exclusiva de todos los derechos audiovisuales relativos a la final de la Copa del Rey de la temporada 2008/2009, con base en el contrato celebrado con la Real Federación Española de Fútbol. Si bien la recurrente no es titular de un derecho de autor, sí lo es de un derecho afín, como productora. Por ello, la emisión de la señal audiovisual del evento deportivo por parte de Banco A a través de las pantallas habilitadas por este último supuso un uso no consentido del derecho de comunicación pública del que era titular la actora y, con ello, una infracción de este derecho. Con base en tales consideraciones, la sentencia reconoce el derecho indemnizatorio a favor de la recurrente, que fija en 120.000 euros, a razón de tres euros por cada espectador.

La demandada interpone recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo. Entiende que la celebración de un contrato entre la Real Federación Española de Fútbol y Sports, S.L., cuyo objeto es la cesión de los derechos audiovisuales que la Real Federación afirma ostentar no significa que de ese contrato nazcan para Sports, S.L., unos derechos de exclusiva para generar un *ius prohibendi* oponible *erga omnes*, sino que tales derechos han de surgir cuando se cumpla la condición de ser la grabación una obra original o por cumplirse el hecho generador del derecho afín del productor, a saber, que Sports, S.L., hubiera tenido la iniciativa y responsabilidad en la grabación audiovisual del partido. Pues bien, dado que Sports, S.L., no ha logrado probar que, tras la cesión a Televisión Española de los derechos supuestamente cedidos por la Real Federación Española de Fútbol, conservase la iniciativa y responsabilidad en la grabación audiovisual llevada a cabo materialmente Televisión Española, no podrá ser tampoco considerada titular de un

derecho afín como productor de dicha grabación. Por todo ello, el Alto Tribunal casa la sentencia recurrida y desestima el recurso de apelación, confirmado la sentencia de primera instancia.

NOTA.—Para un interesante análisis de los requisitos exigidos para la protección de productos audiovisuales por el derecho de autor, véase Alfonso González Gozalo, «La noción de obra audiovisual en el derecho de autor», *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, 2001, núm. 7. (G.M.A.)

25. Doble inmatriculación.—Los supuestos de doble inmatriculación deben resolverse aplicando el Derecho civil puro, con exclusión de las normas de índole hipotecaria contenidas en la Ley Hipotecaria, ya que la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, implica la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular. La protección a uno de los titulares supondría para el otro el desconocimiento de los principios de publicidad, legitimación y prioridad.

La doble inmatriculación supone una irregularidad registral consistente en que una misma finca, por entero, o una misma finca y parte de ella, constan inmatriculadas dos veces en el Registro de la Propiedad, lo que implica que, desde el punto de vista registral, podrían existir dos terceros hipotecarios, uno por cada inscripción. Por tanto, la protección conferida por el artículo 34 LH no puede aplicarse en estos supuestos, como ocurre igualmente en los de inexactitud física de la inscripción, ya que la aplicación de dicha norma tiene como efecto la subsanación para el tercero de los problemas del título de su transmitente en cuanto tal, pero no los problemas que afectan a la descripción o a la propia existencia de la finca objeto de la transmisión. (**STS de 31 de mayo de 2013**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—V falleció el 22 de junio de 1872, rigiéndose su sucesión por testamento de 31 de mayo de 1872. En él ordenaba la causante que se constituyese una fundación, que se denominó FJV. En 1985, FJV promovió expediente de dominio para la inmatriculación de la finca TC, de la cual había dispuesto a su favor V en su citado testamento. El 20 de diciembre de 1986 se extendió el asiento de inmatriculación de la finca en el Registro de la Propiedad. En el año 1994, FJV presentó querella sobre la inmatriculación de varias fincas a favor de distintas personas que se localizaban en el mismo terreno perteneciente a la finca TC. El Juzgado condenó a los acusados como autores de un delito de falsedad y estafa, declarando la nulidad de las escrituras de compraventa, de las inscripciones practicadas de cada una de ellas en virtud de los expedientes de dominio tramitados, con cancelación de los folios registrales abiertos para cada una de las fincas por falsedad en la doble inmatriculación. En los hechos probados de la sentencia, tras establecer que FJV es propietaria del solar urbano TC, se añade que con el transcurso de los dos años se produjo un abandono de la finca por parte de los administradores de la entidad propietaria, pasando aquélla a ser poseída por parte de precaristas. Aprovechándose de tal abandono, la acusada C cultivó parte de la finca sin título alguno. A partir de ahí, se producen tres actuaciones distintas.

En primer lugar, R, hijo de C, pretendió vender el trozo de finca propiedad de FJV que cultivaba su madre, y repartir el dinero obtenido con su madre y sus hermanos (E, MA, M y CR). Para ello se puso en contacto con JR, que trabaja para una inmobiliaria, informándole de la verdadera situación de la finca. Éste, a su vez, trasladó la oferta a LC, secretario del consejo de administración de UZSA y a JA, presidente de dicho consejo de administración. Puestos los tres de acuerdo, decidieron llevar a cabo la compra en nombre de UZSA. El 10 de octubre de 1991 se otorgó escritura pública de compraventa en la que figuraba como vendedora C y como compradora UZSA, y por la que se transmitía el dominio de una finca que se describía como LBD. JA, actuando en nombre de UZSA, promovió expediente de dominio para la inmatriculación de la finca en el Registro, lo que se produjo el 12 de julio de 1992. El 22 de marzo de 1993 UZSA, LC y otros dos socios constituyeron la entidad KNK, aportando aquélla a ésta la mencionada finca, dando lugar a la inscripción 2.^a en el Registro a favor de KNK.

En segundo lugar, coetáneamente R y JR concertaron con LC y JA la realización de otras compraventas ficticias sobre otras parcelas colindantes. Así, el 1 de agosto de 1991 se otorgó escritura pública de compraventa en la que C decía vender a UZSA una serie de fincas.

En tercer lugar, R, JR y LC acordaron vender otra parcela en el mismo lugar. Así, el 3 de agosto de 1993 se otorgó escritura pública de compraventa, en la que aparecía como vendedor el mismo C y como comprador F. El comprador promovió expediente de dominio para la inmatriculación de la finca. Ante la oposición mostrada por FJV, se desestimó el expediente, no llegando a ser inmatriculada la finca en el Registro.

El 29 de abril de 2004, en ejecución de la sentencia penal señalada, se expidió mandamiento al Registro, a fin de que procediese a la cancelación de los asientos de las tres fincas. Sin embargo, en el Registro constaba la inscripción de dominio vigente a nombre de ETG y con hipotecas constituidas a favor de BP, por lo que no habiendo sido parte en el procedimiento penal, ni constando anotación preventiva anterior, se denegaron las cancelaciones. Y es que, durante la tramitación de las actuaciones penales se habían producido las siguientes transmisiones y gravámenes: 1) el 5 de diciembre de 1994 KNK vendió las tres fincas a TMG, por medio de escritura pública; 2) el 14 de julio de 1999, por medio de escritura pública, TMG vendió los solares mencionados a ECTG, inscribiéndose la transmisión del dominio el 19 de agosto de 1999; 3) el 6 de noviembre de 2001, ECTG obtuvo un préstamo de BP, constituyendo garantía hipotecaria sobre las tres fincas mencionadas, que se inscribieron en el Registro. En la actualidad, esta operación financiera está finalizada, si bien está pendiente de otorgarse la correspondiente escritura de carta de pago y cancelación.

El 10 de febrero de 2006 FJV formuló demanda de juicio ordinario contra UZSA, KNK, TMG, ECTG y BP, en la que postulaba la nulidad de las transmisiones realizadas a favor de TMG y ECTG durante la tramitación de la querella porque carecían de buena fe registral, ya que conocían o debían conocer la situación extraregistral, como demostraba el precio establecido, que era muy inferior al

valor del mercado. Además, se trataba de un supuesto de doble inmatriculación, que debería solventarse conforme a las normas de Derecho Civil, por lo que la finca en su totalidad era propiedad de la demandante. Terminaba suplicando que se dictase sentencia en la que: a) se declarase la nulidad radical de las transmisiones operadas mediante las aportaciones de UZSA a KNK; b) se declarase la nulidad radical de las escrituras de compraventa otorgadas por KNK a favor de TMG; c) se declarase la nulidad radical de las escrituras de compraventa otorgada por TMG a favor de ECTG; d) se declarase la nulidad de los asientos registrales a que dieron lugar las inscripciones de las mencionadas escrituras, ordenando su cancelación; e) se declarase el mejor derecho de FJV a la propiedad de las parcelas litigiosas, como parte integrante de la denominada TC; f) se expidiese mandamiento ordenando la cancelación de las inscripciones relativas a las tres fincas registrales; g) la declaración de nulidad de las hipotecas constituidas sobre las indicadas fincas a favor de BP.

UZSA y KNK se allanaron a la demanda, TMG fue declarada en rebeldía, y ECTG y BP se opusieron. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda respecto de las demandadas UZSA, KNK y TMG, y la desestimó en cuanto a ECTG y BP, por considerar que se trataba de terceros de buena fe.

FJV recurrió en apelación, donde la Audiencia Provincial desestimó el recurso, al considerar que, pese a que se trataba de un supuesto de doble inmatriculación, ECTG tiene la condición de tercero hipotecario, por lo que queda inatacable su inscripción y amparada la garantía hipotecaria inscrita a favor de BP.

Contra dicha sentencia recurrió FJV en casación. Alega: 1) la infracción del artículo 34 LH, al reconocer la sentencia impugnada a favor de ECTG los beneficios derivados del mismo como tercero hipotecario, de donde se sigue la protección de la garantía hipotecaria establecida a favor de BP; 2) la inexistencia de buena fe por parte de ECTG y de BP, a los efectos de negar a dichos demandados la protección a que se refiere el artículo 34 LH; 3) la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la doble inmatriculación de fincas en el Registro, que excluye la resolución del conflicto mediante la aplicación de principios y normas hipotecarias, debiendo ser decidida la cuestión por la preferencia que se derive de la aplicación de las normas de Derecho civil puro. Señala el Tribunal Supremo que en este caso se produjo una inmatriculación de finca del modo previsto por la ley mediante un expediente de dominio a favor de la demandante FJV. A juicio del Tribunal Supremo, no puede prevalecer un título ficticio creado en forma delictiva y al margen del verdadero titular, que dé lugar a la existencia de un tercero hipotecario protegido con total indefensión del auténtico dueño. Aplicando las normas de Derecho Civil puro, corresponde la propiedad y deben subsistir las inscripciones a favor de la parte demandante.

NOTA.—Sobre los principios de publicidad, legitimación y prioridad del mecanismo tabular, *vid.* SSTS de 18 de mayo de 2012, 30 de abril de 2008, 11 de octubre de 2004, 18 de diciembre de 2000, 12 de marzo de 1999, 28 y 27 de mayo de 1997, 30 de diciembre de 1993, 8 de febrero de 1991, 12 de mayo de 1983, 28 de marzo y 16 de mayo de 1980 y 31 de octubre de 1978, entre otras. (S.L.M.)

26. Modificación de la calificación registral.—Conforme al artículo 18 LH, la calificación que el registrador ha de realizar, bajo su responsabilidad, debe referirse: a) a la legalidad de la forma extrínseca del documento en cuya virtud se solicite la inscripción; b) a la capacidad de los otorgantes; c) a la validez de los actos dispositivos contenidos en el título. Además, de conformidad con lo establecido por los artículos 24 y 25 LH, a los efectos de determinar la prioridad registral ha de atenderse no a la fecha del título, sino a la fecha del correspondiente asiento de presentación. La calificación de un bien como afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado y como necesario para la continuidad de dicha actividad, corresponde al Juzgado Mercantil que conoce del concurso. La competencia para acordar la suspensión de la ejecución singular de garantías reales constituidas sobre bienes del concursado corresponde al Juez Civil que conoce del correspondiente proceso de ejecución.

La suspensión de la ejecución singular de garantías reales constituidas sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial deviene, en todo caso —habida cuenta de lo prevenido por los artículos 55 y 56 LC—, imperativa, salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Se suspende hasta que se aprueba un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho real o hasta que haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. A estos efectos, dada la especialidad, la LC prevalece sobre las normas procesales comunes. (STS de 4 de junio de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Se plantea aquí la paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas (efecto suspensivo) respecto de inmuebles pertenecientes a una entidad concursada (arts. 56 y 57 LC). El Juzgado de lo Mercantil declaró la situación de concurso voluntario de la sociedad POT mediante auto de 7 de septiembre de 2007, que dio lugar a la inscripción 9.^a, practicada el 30 de abril de 2007. El 1 de marzo de 2007 el Juzgado de lo Mercantil dictó auto acordando requerir a los Juzgados de Primera Instancia para que suspendieran las ejecuciones hipotecarias que seguían contra los inmuebles de la concursada hasta que se decidiese si las fincas hipotecadas eran necesarias para la actividad profesional o empresarial del deudor por el Juzgado de lo Mercantil.

El 13 de marzo de 2007 el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid declaró afecta la finca 76 a la continuidad de la actividad de la concursada POT, a los efectos de la suspensión de los procedimientos de ejecución hipotecaria en trámite en los términos del artículo 56.2 LC y se acordó comunicar dicha declaración a los Juzgados de Primera Instancia antes señalados. Por dicho Juzgado se libró mandamiento al registrador de la propiedad ordenando la anotación preventiva de la afectación el 22 de marzo de 2007, lo que dio lugar al asiento de presentación 346 de 27 de marzo de 2007.

El 20 de marzo de 2007 se celebró la subasta de la finca 76 y el día 12 de abril de 2007 el Juzgado de Primera Instancia dictó auto

de adjudicación y remate de la citada finca a favor de BP, librándose testimonio de dicho auto y el oportuno mandamiento de cancelación de cargas al Registro de la Propiedad el 3 de mayo de 2007, que dio lugar a los asientos de presentación 895 y 896 de 8 de mayo de 2007. El 26 de mayo de 2007 el registrador de la propiedad acordó la suspensión de la calificación de dicho auto hasta que se procediera al despacho de la documentación previa con prórroga del asiento de presentación, siendo aportada la documentación de nuevo por el representante el 7 de noviembre de 2007. El registrador denegó la inscripción del auto judicial de adjudicación y remate de fecha 12 de abril de 2007 y del mandamiento de cancelación de los asientos registrales que dieron lugar a las inscripciones 9 y 10 y a la anotación Letra C en virtud de la calificación de 26 de noviembre de 2007.

En el iter procesal por el BP se formuló demanda frente a la calificación negativa del registrador de la propiedad, en la que se solicitaba se dictara sentencia por la que se revocara y dejara sin efecto la calificación registral referida, ordenando en su lugar la inscripción del auto de adjudicación de la finca registral adjudicada al demandante en procedimiento de ejecución hipotecaria.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que se desestimaba la demanda. La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial al considerar que, en el momento en el que se procede a presentar en el Registro el título que da lugar a la calificación registral, objeto de impugnación en el proceso, ya estaban inscritas la declaración en concurso de la ejecutada y la declaración del bien ejecutado como afecto a la actividad empresarial de la concursada y como necesario para la continuidad de dicha actividad. A su juicio, del contenido del título y de los asientos registrales se infiere que la actividad ejecutada fue declarada en concurso antes de la publicación de los pertinentes anuncios de subasta y que el acto de enajenación forzosa del bien hipotecado afecto se realizó estando pendiente la tramitación del concurso, sin sometimiento a la jurisdicción del Juez del mismo y antes de haberse aprobado convenio alguno, ni transcurrido un año desde la declaración del concurso.

Se plantea recurso de casación, alegando: 1) la infracción del artículo 134 LH, en relación a los efectos provocados por una ejecución de hipoteca preferente; 2) la infracción de los artículos 609 y 1462.2 CC, y de la doctrina jurisprudencial sobre los efectos jurídicos del auto probatorio del remate y de adjudicación del bien subastado en los procedimientos de ejecución. El Tribunal Supremo tiene en cuenta dos cosas: a) que en el momento en que se procede a presentar en el Registro el título que da lugar a la calificación registral objeto de impugnación en el proceso, ya constaban inscritas la declaración en concurso de la ejecutada y la declaración del bien ejecutado como afecto a la actividad empresarial de la concursada y como necesario para la continuidad de dicha actividad; b) que del contenido del título y de los mencionados asientos registrales se infiere que la entidad ejecutada fue declarada en concurso antes de la publicación de los pertinentes anuncios de subasta y que el acto de enajenación forzosa del bien hipotecado afecto se realizó

estando pendiente la tramitación del concurso, sin sometimiento a la jurisdicción del juez del mismo (art. 57 LC) y antes de haberse aprobado convenio alguno, ni transcurrido un año desde la declaración del concurso. En base a esto, señala que, si bien no se afecta a la propia validez del acto dispositivo de ejecución contenido en el título cuyo acceso al Registro se pretendía, sí que se determina su enervación a través de los efectos suspensivos que prevé la norma concursal y, por ende, la total corrección de la calificación registral objeto de impugnación en este proceso.

NOTA.—La calificación registral constituye una fase del procedimiento registral donde el registrador examina la legalidad de los actos, resoluciones o contratos que se pretenden inscribir. Es lo que se denomina «principio de legalidad». Este control se centra en la forma extrínseca de los documentos, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas. El plazo para la calificación registral es de 15 días, aunque la DGRN puede prorrogarlo hasta 30, a petición del registrador, si se produjeran circunstancias extraordinarias (arts. 18.II LH y 97.I RH). (S.L.M.)

DERECHO DE FAMILIA

27. Divorcio: Efectos sobre los hijos: Doctrina jurisprudencial sobre guarda y custodia compartida.—El recurso se estima en lo que se refiere a los argumentos contenidos en la sentencia para denegar la medida de guarda y custodia compartida, que la Sala no comparte en absoluto, pues se justifica a partir de una posición inicialmente contraria a este régimen en la que plantea como problemas lo que son virtudes de este régimen, como la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, sin fundar la decisión en el interés del menor, al que no hace alusión alguna, y que debe tenerse necesariamente en cuenta en estos litigios.

La STC 185/2012, de 17 octubre, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso «favorable» del informe del Ministerio Fiscal, contenido en el artículo 92.8 CC, según redacción dada por Ley 15/2005, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen; si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al Juez o Tribunal exclusivamente tienen encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente únicamente cuando quede demostrado que es beneficioso para el menor.

Lo dicho no es más que el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose de modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional,

sino que al contrario, debe considerarse la más normal, pues permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación.

El artículo 92 CC establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el pár. 5, que la atribuye cuando se da la petición conjunta por ambos progenitores; la segunda, en el pár. 8 que permite «excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del pár. 5», acordar este tipo de guarda «a instancia de una de las partes» con los demás requisitos exigidos. En ambos casos, un requisito esencial es la petición de uno, al menos, de los progenitores; si la piden ambos, se aplicará el pár. 5.º, y si la pide uno sólo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el pár. 8.º, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código Civil exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

No procede en el caso por no concurrir sus requisitos.—En el caso objeto del recurso, ninguno de los progenitores solicitó esta medida en sus escritos iniciales ni en el recurso de apelación, pese a que se recoge en el informe del Ministerio Fiscal, ni consecuentemente se ofrecieron unas pautas necesarias para hacer efectivo este régimen. Por el contrario, los datos que maneja la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, ratificada en este aspecto por la recurrida, no permiten acordarla en el interés de la menor que es la que, a la postre, va a quedar afectada por la medida que se deba tomar, pues no concurre ninguno de los requisitos que, con reiteración, ha señalado esta Sala, tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. En primer lugar, el resultado del informe psicosocial está dirigido a determinar aquello a lo que aspiraba cada uno de ellos sobre la guarda y custodia, es decir, a analizar cual de los dos estaba más capacitado para ejercer la guarda y custodia y precisar si era o no procedente que la menor pernoctara con la madre entre semana, todo ello con la finalidad de que se le atribuyera a uno en contra de otro, al que únicamente se le reconocía un amplio régimen de visitas. En el recurso interpuesto se destacan las virtudes de cada progenitor en orden a su capacidad y voluntad de ejercer una paternidad / paternidad responsable, olvidando que lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (SSTS de 11 de marzo de 2010, 21 de febrero y 7 de julio de 2011 y 10 de enero de 2012, entre otras). En segundo lugar, nada se argumenta sobre el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, antes al contrario, se mencionan episodios de orden penal e incluso retenciones puntuales de la niña por su padre. En tercer lugar, no es el sistema que uno y otro siguieron desde el año 2007 en que el matrimonio dejó de vivir en el mismo domicilio, discrepando incluso sobre cual de ellos residió desde entonces con la menor. En

cuarto lugar, tampoco han podido concretarse las circunstancias laborales y personales de uno y de otro, incluso su lugar de residencia. El interés casacional que ha permitido la formulación de este recurso exige casar la sentencia de la Audiencia Provincial, en cuanto desestima la demanda en contra de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y la custodia compartida, pese a mantener la medida acordada de atribuir al padre la guarda y custodia con un régimen amplio de visitas a favor de la madre. (**STS de 29 de abril de 2013**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Importante resolución de la Sala 1.^a, en una materia de vivo debate judicial en relación con las medidas a adoptar respecto de los hijos menores, en procesos matrimoniales (especialmente, en caso de divorcio), cuyos efectos —sin embargo— no beneficiarán al recurrente, ni a los hijos, pese a estimarse el recurso de casación, sino que sólo refuerza la exégesis legal de una de las reformas de 2005 operadas en el artículo 92 CC, y que, por ello, sorprende un tanto que no haya sido adoptada por el Pleno de aquella.

Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación del art. 92, apartados 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 criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ellos sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

Ha de reconocerse que pese al loable y evidente fin de *dignificar y revalorizar* la figura, sigue siendo restrictivo el número de casos en que se admite o se impone por jueces y tribunales; lo que prueba la dificultad de que se cumplan exactamente sus requisitos. En este caso se deniega, y también se denegó en STS de 10 de enero de 2012 (Ponente Xiol Ríos), extractada en ADC, 2013, p. 1477, sentencia con anotación mía. Pueden consultarse también sobre el mismo tema: STS de 9 de marzo de 2012 (Ponente Xiol Ríos), extractada en ADC, 2013, pp. 1931 s.; STS de 25 de mayo de 2012 (Ponente Roca Trías), extractada en ADC 2014, pp. 378 ss. (ambas también con anotaciones). Supuesto singular es el contemplado en la STS de 26 de octubre de 2012 (Ponente Seijas Quintana), extractada en ADC, 2014, pp. 1149 ss. referido a una pareja no casada con descendencia reconocida que no convive, y cuyo régimen específico se encuentra en el artículo 156, párrafo final, que, en realidad, puede albergar hipótesis similares o paralelas a las del artículo 92.

Recientemente desde la praxis, García Alfonso, *La fijación de la responsabilidad parental tras la ruptura de pareja en el ámbito iberoamericano: un breve acercamiento comparativo y crítico* (en Congreso virtual Eumednot, sobre «El Derecho civil en Latinoamérica y Filipinas», cit.) con breve referencia a Argentina, Chile y Panamá, califica de *etapa de transición* la actual situación española sobre la custodia compartida, adhiriéndose al Anteproyecto sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, denunciando la inseguridad que sufren, mientras tanto, no pocos progenitores españoles. (G.G.C.)

28. Divorcio: Atribución del uso de la vivienda familiar.—En la sentencia recurrida se dice que ha quedado cumplidamente acreditado que el domicilio sede de la vida familiar quedó establecido, antes del nacimiento del hijo (en abril de 1997), en la vivienda construida en una finca situada en el término municipal de Colmenar Viejo. Pero no puede dejar de valorarse que dicho inmueble se asienta en una finca de unas siete hectáreas, resultante de la agrupación física de dos fincas registrales, una de ellas de titularidad ganancial, en tanto que la otra figura a nombre de una sociedad cuyas participaciones se reparten de modo igualitario entre ambos cónyuges. En dicha finca se ubican una serie de instalaciones (otra vivienda prefabricada, club social con restaurante, naves, pistas, cuadras de caballos, etc.) que se encuentran arrendadas a terceros. Dicha finca, aunque resulta de difícil valoración, podría alcanzar por sus dimensiones, instalaciones y potencial, un precio de mercado de 12 millones de euros.

Como ha mantenido esta Sala, la atribución preferente que sanciona el artículo 96.1 CC no puede, en determinados supuestos, condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales que, en principio, le reconoce el artículo 348 CC, ya sea en orden a la ocupación futura de la vivienda, ya a los fines de lograr, en un plazo razonable, la efectiva, que no meramente formal o nominal, liquidación del patrimonio común. En el caso que examinamos, la titularidad del domicilio familiar se integra, sin desglose jurídico-registral, dentro de la correspondiente a la globalidad de la finca, en la que sus diversas instalaciones se enmarcan de modo indistinto y confundido en las dos fincas registrales existentes, con la diversa titularidad referida, lo que hace sumamente difícil, cuando no inviable, la liquidación del patrimonio común, desglosando del mismo la citada vivienda.

Ha de tenerse en cuenta que, aunque el hijo común expone su deseo de mantener dicho entorno habitacional a fin de cubrir sus necesidades cotidianas de alojamiento y ocio, en el referido aspecto patrimonial, no puede perjudicar por largo o indefinido lapso temporal los intereses, también legítimos, del progenitor no custodio, considerando además que el valor de la finca ha de permitir, mediante su enajenación futura y distribución del precio entre ambos litigantes, dotar al menor de otra vivienda de, al menos, el mismo nivel, aunque ello le prive de la utilización de las demás instalaciones y anejos, que no son imprescindibles para cubrir sus necesidades de alojamiento. Por lo cual, y aun manteniendo la medida adoptada por el Juzgado de Primera Instancia, procede limitar el derecho de uso concedido a un periodo máximo de tres años, computados desde la fecha de esta resolución, de no haberse procedido con anterioridad a la liquidación del patrimonio común. En tal coyuntura, el menor y la madre deberán desalojar el citado inmueble, a fin de

facilitar las operaciones divisorias, pudiendo ocupar, a fin de cubrir las necesidades cotidianas de alojamiento del hijo, la vivienda de titularidad común ubicada en Villaverde de Madrid, tal como la ofrece el actor a través de su escrito de demanda.

Interés del menor.—La STS de 1 abril de 2011 se formuló la doctrina según la cual «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC». Doctrina reiterada en SSTS de 14 abril de 2011 y 26 de abril y 13 de julio de 2012. Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá ser controlado por el juez. Una interpretación correctora que permitiera la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución Española incorporó al ordenamiento español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la LOPM de 1996. Lo que pretende el artículo 96 CC al atribuir la vivienda al progenitor con quien los hijos conviven es evitar que a la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones.

Hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida; y otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios, solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor (como aparece recogido en el art. 233-20 CCat, y, en cierta forma por el art. 81.1 CDF aragonés).

El interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un estatus si no similar, sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no sólo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no sólo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre.

Ocurre así en el presente caso en que marido y mujer son propietarios de una vivienda en la que se aloja el esposo y titulares de un patrimonio importante en el que se ubica la vivienda familiar. Mantener durante tres años al hijo y a su madre en esta vivienda para pasar luego a la otra en modo alguno vulnera ni el interés del menor (próximo a cumplir la mayoría de edad cuan-

do concluya el periodo), ni mucho menos la jurisprudencia que se dice infringida y que está amparada en una situación distinta en la que la limitación del uso puede dejar al menor en un escenario de absoluta incertidumbre sobre su alojamiento, lo que no ocurre en este caso en que esta limitación temporal se complementa con la atribución de otro domicilio a partir del tercer año en que se dicta la sentencia. No puede soslayarse que el domicilio familiar conlleva el uso de una finca de 7 hectáreas e impide la disposición de un patrimonio común importante que afectará necesariamente a la liquidación del haber communal y a su reparto entre ambos cónyuges, sin merma del interés legítimo de un hijo que conoce la nueva casa, por ser la de su padre, cuya habitabilidad no se ha cuestionado, y que transcurridos los tres años de uso se enfrentará a una situación escolar y de relaciones distinta de la que ahora disfruta. Por último, la atribución del uso al menor y al progenitor se producen para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado, ni en el artículo 96, ni en el artículo 7, ambos del CC. (**STS de 17 de junio de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Es cierto que el derecho establecido en el artículo 24 CE puede invocarse por todos los ciudadanos cualquiera sea su situación económico-social, lo que no impide advertir que la situación fáctica que descubre la lectura de este fallo sólo es vivida en la praxis diaria, por un porcentaje muy reducido de matrimonios en crisis. Lamentablemente, en la mayoría de supuestos, la atribución del domicilio conyugal puede ser dramáticamente vital para alguno, o quizás para ambos cónyuges, lo que parece deducirse claramente de la prueba, no ocurre en el presente caso. (G.G.C.)

29. Divorcio: Efectos entre los cónyuges: Doctrina general sobre la prestación compensatoria.—El recurso de casación interpuesto por el marido se fundamenta por interpretación errónea del artículo 97 CC, en lo que se refiere a la decisión de la sentencia recurrida de conceder pensión compensatoria a la esposa y hacerlo por tiempo indefinido. El recurso se formula por interés casacional, al haberse dictada la sentencia en oposición a la jurisprudencia de esta Sala: a) en cuanto a la concesión de la pensión, se vulnera la doctrina fijada en la STS de 19 de enero de 2010, confirmada por la de 9 de febrero del mismo año; y b) en cuanto a su duración, se infringe la STS de 10 de febrero de 2005, luego ratificada por otras posteriores. Procede su estimación.

El artículo 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio, se deben tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS, Pleno, de 19 de enero de 2010. La pensión compensatoria —declara— «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 desequili-

brios, 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; 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: (i) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; (ii) cuál es su cuantía; y (iii) si la pensión debe ser definitiva o temporal». Esta doctrina se ha aplicado en SSTS de 19 de octubre y 24 de noviembre de 2011 y 16 de noviembre de 2012.

Una de las circunstancias que exige tener en cuenta el artículo 97 es el caudal y medios económicos y necesidades de cada uno de los cónyuges y ella es la que tiene en cuenta la sentencia porque «la actora sufre un desequilibrio al no poder capitalizar en su haber los importantes ingresos periódicos del demandado». Ahora bien, la cuantía del patrimonio no es determinante por sí sola para justificar un eventual derecho a la pensión ni resulta directa y obligadamente del matrimonio. Lo esencial es tener en cuenta lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y, entre otras cosas, el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en cuanto pueden hacer desaparecer o minorar el desequilibrio que genere posibilidades de compensación y que en el caso es el de gananciales en el que los mayores ingresos del esposo durante el matrimonio se pondrán de manifiesto en el momento de la liquidación de la sociedad. Lo cierto es que el matrimonio no impidió trabajar a la esposa (nacida en 1965), que lo sigue haciendo, ni le privó de expectativas laborales, como reconoce la sentencia, lo que supone que tiene suficiente cualificación y aptitud profesional para llevar una vida independiente desde el punto de vista económico. Tampoco se ha probado que la diferencia de ingresos entre los cónyuges traiga causa directa del sacrificio asumido por la esposa durante el matrimonio por su mayor dedicación a la familia y en concreto por el cuidado del hijo común, mayor de edad, independiente y con trabajo, ni que este sacrificio se encuentre también en relación directa con el progresivo incremento de los ingresos del esposo por su trabajo durante el tiempo que duró el matrimonio.

El matrimonio, en suma, no ha supuesto ningún perjuicio a la esposa, que sigue trabajando, como antes de casarse y durante el matrimonio, con el plus de la adjudicación del uso de la vivienda, además del beneficio próximo de sus derechos en la sociedad de gananciales, y la situación de cada uno al término de su relación más tiene que ver con su trabajo que con la pérdida de su capacidad laboral o el sacrificio que hubiera tenido que asumir en beneficio del otro. La sentencia no respeta la doctrina de esta Sala, antes al contrario, convierte la pensión compensatoria en un mecanismo equilibrador de matrimonios de los cónyuges, desatendiendo los parámetros básicos establecidos en dicha doctrina. Es por esta razón que resulta de plena aplicación la doctrina que alude a la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del artículo 97 CC y a que el principio de dignidad contenido en el artículo 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el artículo 97 CC (SSTS de 25 de

noviembre de 2011 y 4 de diciembre de 2012). (**STS de 17 de mayo de 2013**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—¿Hasta qué punto puede hablarse de una reformulación jurisprudencial de la pensión compensatoria —o prestación compensatoria—, a partir sobre todo de las últimas reformas parciales de 2005, anticipadas en cierto modo por algunos fallos anteriores del Tribunal Supremo? Ante la nueva redacción del artículo 97 CC, la gran variedad de situaciones fácticas posibilitará un mayor ejercicio de la discrecionalidad judicial (¿con riesgo, acaso, de no mantener un mínimo de seguridad jurídica para los justiciables?) (así la STS de 5 septiembre 2011, extractada en ADC, 2013, pp. 518 ss. convalida una pensión de quince años). En todo caso, adviértase que la doctrina de la STS de 27 junio 2012, que ratificó la aquí mencionada del Pleno de 19 enero 2010, se confirma también por la ahora extractada, negadora pura y simplemente de pensión a la esposa (la sentencia de 2012 está extractada en ADC, 2014, pp. 380 ss. y anotada). Parece confirmarse, además, el decidido y laudable propósito de agilizar los trámites procesales (en este caso, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia se dicta el 12 de mayo de 2010, otorgando una pensión compensatoria de 300 euros, durante un trienio; la Sentencia de la Audiencia Provincial de 3 de diciembre de 2010, la eleva a 500 euros, con carácter indefinido; en poco más de dos años y medio se resuelve la casación, que, estimando el recurso, deniega la pensión; apenas ha llegado a tres años la duración de los recursos, aunque resulta patente la discrecionalidad del órgano judicial en la materia. (G.G.C.)

