

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXIX, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 2016

ANUARIO
DE
DERECHO
CIVIL

Tomo LXIX
Fascículo III

2016



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Dirección
LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (†)
Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS
Letrado de la DGRN, Profesor Titular de Derecho civil.
Universidad Complutense de Madrid
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO
Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

Secretaria
NIEVES FENOY PICÓN
Profesora Titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción

MARIANO ALONSO PÉREZ Catedrático de Derecho civil. Universidad de Salamanca	FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS Notario
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid	MANUEL OLIVENCIA RUIZ Catedrático de Derecho mercantil. Universidad de Sevilla
JORGE CAFFARENA LAPORTA Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid	FERNANDO PANTALEÓN PRIETO Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid
GABRIEL GARCÍA CANTERO Catedrático de Derecho civil. Universidad de Zaragoza	ANTONIO PAU PEDRÓN Registrador de la Propiedad
ANTONIO GORDILLO CAÑAS Catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla	JOSÉ POVEDA DÍAZ Registrador de la Propiedad
VICENTE GUILARTE ZAPATERO Catedrático de Derecho civil. Universidad de Valladolid	LUIS PUIG FERRIOL Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Barcelona
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS Catedrático de Derecho civil. Universidad de Alcalá de Henares	IGNACIO SOLÍS VILLA Notario
JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ Notario	TEODORA F. TORRES GARCÍA Catedrática de Derecho civil. Universidad de Valladolid
JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid	EVELIO VERDERA Y TUELLS Catedrático de Derecho mercantil. Universidad Complutense de Madrid

Colaboran en las tareas de redacción: Lis Paula San Miguel Pradera, Profesora Titular de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid; Máximo Juan Pérez García, Profesor Titular de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid; y Beatriz Gregoraci Fernández, Profesora Contratada Doctora de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid.

ÍNDICE DEL ANUARIO DE DERECHO CIVIL 2016, FASCÍCULO III

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Eric SAVAUX: «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos»	715
M.ª Paz GARCÍA RUBIO: «Sociedad líquida y codificación»	743
Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ: «El inadecuado régimen urbanístico del derecho de superficie»	781
Alfredo FERRANTE: «Obligación y garantía: la cripto-naturaleza de los remedios contractuales y de su jerarquía en el actual panorama jurídico»	865
Juan Ignacio PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA: «Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código civil español»	925
Vitulia IVONE: «El equilibrio “normativo” del consumidor entre las tutelas consolidadas y los nuevos derechos»	951
Vida jurídica	
Antonio PAU PEDRÓN: «El nuevo régimen jurídico de la Comisión General de Codificación»	977
Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA: «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación»	991
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés/GARCÍA RUBIO, María Paz (Dirs.), HERRE-RO OVIEDO, Margarita (Coord.): «Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García», por Carles Enric Florensa i Tomàs	1039
MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis/ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia (Coord.): «Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil», por Esther Gómez Calle	1047
TENA PIAZUELO, Isaac: «La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda (Doctrina y jurisprudencia)», por Gabriel García Cantero	1060
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	1067
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS COMENTADAS	
Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ: «Resolución por retraso. A propósito de la STS de 25 de mayo de 2016 (348/2016) (Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto)»	1097
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Isué VARGAS BRAND	1135

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

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXIX, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2016

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2016

<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.

El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos*

ERIC SAVAUX

Catedrático de Derecho civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad de Poitiers

Director del equipo de investigación en Derecho privado (EA 1230)

Miembro honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

RESUMEN

La ordenanza n° 2016-131, de 10 de febrero de 2016, ha culminado un proceso de reforma del Derecho francés de obligaciones y contratos, que supone el mayor cambio en esta materia desde la promulgación del Código civil de 1804. Tras realizar unas consideraciones iniciales en las que trata cuestiones como la historia de la reforma y su justificación, el autor analiza en la primera parte de este trabajo el contenido de las modificaciones que introduce la ordenanza de 10 de febrero de 2016, destacando la consolidación de algunas soluciones jurisprudenciales, el abandono de ciertas figuras, y la incorporación de otras. La segunda parte del trabajo está dedicada a los fundamentos del nuevo Derecho de obligaciones y contratos. En este sentido, cabe destacar la desjudicialización y la persistencia del modelo clásico del acuerdo de voluntades generador de obligaciones, así como el hecho de que se regule el contrato de adhesión y se identifiquen nociones tales como la de justicia contractual.

PALABRAS CLAVE

Reforma. Obligaciones y contratos. Fundamentos. Desjudicialización. Acuerdo de voluntades. Contrato de adhesión. Justicia contractual.

ABSTRACT

The regulation n° 2016-131, of 10 February 2016, has finalized a reform process of French law on obligations and contracts that means the biggest

* Este texto es la versión, ligeramente aumentada, de la conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 15 de junio de 2016.

change on this matter after the enactment of the Civil Code of 1804. After making some preliminary considerations where questions as the history and the justification of the reform are treated, the author analyses in the first part of this work the content of the changes introduced by the regulation of 10 February 2016, emphasizing the consolidation of some case-law solutions, the withdrawal of some figures, and the inclusion of others. The second part of the work is dedicated to the foundations of the new law on obligations and contracts. In this way, it should be pointed out the loss of power of the judge and the persistence of the classic model of the agreement of wills creating obligations, and also the fact of regulating the contract of adhesion, and the identification of notions such that contractual justice.

KEY WORDS

Reform. Obligations and contracts. Foundations. Loss of power of the judge. Agreement of wills. Contract of adhesion. Contractual justice.

SUMARIO: 1. Ámbito de aplicación de la Ordenanza de 10 de febrero de 2016.-2. Resumen histórico de los proyectos de reforma.-3. Justificaciones de la reforma.-4. El estilo de los nuevos textos.-5. El nuevo plan del Código.-6. Continuidad y ruptura en el nuevo Derecho de obligaciones y contratos.-I. *El contenido del nuevo Derecho de obligaciones y contratos.* 7. Mucha consolidación y un poco de transformación.-A. La consolidación del Derecho de obligaciones y contratos. 8. El ejemplo de la conclusión del contrato.-9. La dificultad de la codificación a Derecho constante. Ilustración a través de la obligación de información.-10. Otros ejemplos de la consolidación del Derecho de obligaciones y contratos.-11. Consagraciones simbólicas.-B. La transformación del Derecho de obligaciones y contratos. 12. ¿Consolidación o transformación?-13. Los abandonos.-14. Lo que se añade.-15. Lo que se añade (continuación). La revisión del contrato por imprevisión.-16. Lo que se añade (fin).-II. *Los fundamentos del nuevo Derecho común de obligaciones y contratos.* 17. El régimen y la noción del contrato.-A. Las opciones de la renovación del régimen del contrato. 18. La desjudicialización.-19. Los límites de la desjudicialización.-20. El desarrollo del unilateralismo.-21. La obligación de motivar.-22. El alcance de la búsqueda de la eficacia económica.-B. El modelo de contrato que se tiene en cuenta. 23. La persistencia del modelo clásico del acuerdo de voluntades generador de obligaciones.-24. El alcance de la consagración del contrato de adhesión.-25. Justicia contractual, libertad y responsabilidad.-26. Algunas paradojas del nuevo Derecho de obligaciones y contratos.

1. **Ámbito de aplicación de la Ordenanza de 10 de febrero de 2016**

El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos procede de la ordenanza n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016, que entrará

en vigor el 1 de octubre de 2016 para todos los contratos celebrados con posterioridad a esa fecha¹. Este texto, titulado «ordenanza... relativa a la reforma del Derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones»² tiene un objeto más amplio, y a la vez más limitado, que el propiamente relativo al Derecho de obligaciones y contratos.

Más amplio, ya que la ordenanza trata del régimen general, es decir de las reglas aplicables a todas las obligaciones cualesquiera que sea su fuente (modalidades de la obligación, operaciones sobre las obligaciones, acciones abiertas al acreedor, extinción de la obligación y restituciones), así como a la prueba de las obligaciones. Este «exceso» es especialmente importante porque el título de la ordenanza no indica todo. También trata de los cuasicontratos en el título relativo a «otras fuentes de las obligaciones»³. Solo le falta la responsabilidad civil, cuya tarea de reformarla el gobierno la deja al Parlamento por la razón de que no existe consenso sobre esta materia. De hecho, el gobierno hizo público el pasado 29 de abril un anteproyecto de ley de «reforma de la responsabilidad civil», que fue sometido a consulta pública hasta el 31 de julio de 2016. Un proyecto de ley deberá presentarse al Consejo de ministros a lo largo del primer trimestre de 2017.

En los ámbitos tratados por la ordenanza el alcance de la reforma es de importancia desigual. En materia de prueba de las obligaciones y de cuasicontratos la ordenanza legisla la mayor parte del tiempo «a Derecho constante», recogiendo numerosos textos y soluciones consagradas por la jurisprudencia⁴.

Eso sucede a menudo incluso en el régimen general de las obligaciones, donde de todas maneras podemos observar innovaciones notables, como la supresión de la retroactividad en el cumplimien-

¹ Artículo 9 de la ordenanza de 10 de febrero de 2016. Excepción a los párrafos 3 y 4 del artículo 1123 (action déclaratoire relative à l'existence d'un pacte de préférence) y los artículos 1158 (action déclaratoire concernant l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel) y 1183 (action déclaratoire en matière de nullité) que se aplicarán tras la entrada en vigor de la ordenanza. Sobre las dificultades de aplicación en el tiempo de la ordenanza, *vid.* C. FRANÇOIS, «Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats», *D.* 2016, p. 506; S. GAUDEMET, «Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016», *JCP G* 2016, n.º 19, 559.

² *JORF* n.º 0035 du 11 février 2016.

³ Artículos 1300 a 1303-4.

⁴ Ha introducido en el Código civil, bajo la denominación de enriquecimiento injustificado (artículos 1303 a 1303-4), el enriquecimiento sin causa que la jurisprudencia erigió como fuente de las obligaciones a finales del siglo XIX. Sobre la prueba, *vid.* G. LARDEUX, «Commentaire du titre IV bis nouveau du Livre III du code civil intitulé "de la preuve des obligations" ou l'art de ne pas réformer», *D* 2016, p. 850; E. VERGÈS, «Droit de la preuve: une réforme en trompe-l'œil», *JCP* 2016, n.º 17, 486.

to de la condición suspensiva, la disminución de las formalidades de la cesión de crédito y la consagración de la cesión de deuda⁵.

Para el Derecho de obligaciones y contratos la reforma no es tan amplia como el título de la ordenanza podría hacer pensar. Solo el Derecho común de obligaciones y contratos resulta afectado, no el Derecho de los contratos especiales que por ahora está fuera de las preocupaciones del legislador. El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos es, por tanto, el que modifica los antiguos artículos 1101 y siguientes del Código civil, que habían permanecido prácticamente sin cambios desde 1804. Como el antiguo, se aplica a todos los contratos bajo reserva de ciertas reglas particulares a algunos de ellos⁶.

2. Resumen histórico de los proyectos de reforma

La ordenanza de 10 de febrero de 2016 marca el fin de un largo proceso que se inició con motivo del bicentenario del Código civil, marcado por la elaboración de múltiples proyectos. Dos proyectos «de profesores»: el Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones y de la prescripción, llamado «proyecto Català», difundido en 2006⁷, y los proyectos de reforma del Derecho de contratos, de la responsabilidad civil y del régimen general de las obligaciones elaborados por la Academia de ciencias morales y políticas, llamados «proyectos Terré», se escalonan de 2009 a 2013⁸. Al mismo tiempo, la oficina de Derecho de obligaciones de la Cancillería preparó de manera bastante opaca, varios proyectos más o menos oficiales inspirándose en uno u otro de los de los proyectos «de profesores»⁹.

El riesgo de estancamiento que acechaba ha sido vencido cuando el gobierno obtuvo, no sin dificultad¹⁰, la autorización para

⁵ Vid. *Le nouveau régime général des obligations, Actes du colloque de Poitiers, 26 et 27 juin 2016*, dir. L. ANDREU ET V. FORTI, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, à paraître.

⁶ Nuevo artículo 1105 retomando, simplificándolo, el actual artículo 1107. La disposición casi ha desaparecido: Y. LEQUETTE, «Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats?» *RDC* 2015/3, 616.

⁷ *La documentation française*, 2006.

⁸ *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. TERRÉ, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, dir. F. TERRÉ, *Ibid.*, 2011; *Pour une réforme du régime général des obligations*, dir. F. TERRÉ, *Ibid.*, 2013.

⁹ *Projet de réforme du droit des contrats*, 2008; *Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats*, 2011; *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, 2013. Estos textos se pueden consultar en la dirección de internet del Ministerio de justicia.

¹⁰ El Senado se ha opuesto siempre a la habilitación del gobierno para legislar por ordenanza, que él no ha obtenido más que gracias al apoyo de la Asamblea Nacional. El recurso presentado ante el Consejo constitucional contra la ley de habilitación fue rechazado por la decisión n.º 2015-710 DC du 12 février 2015 (*JORF* n.º0040 du 17 février 2015 page 2969, texte n.º 2). Sobre este proceso, *vid.* H. BOUCARD, «Le curieux processus de

legislar por ordenanza¹¹. Un proyecto de ordenanza se publicó el 25 de febrero de 2015¹². Fue sometido a consulta pública en la primavera de 2015, después, para dictamen, al Consejo de Estado en diciembre de 2015. La ordenanza se ha promulgado el 10 de febrero de 2016.

Sin embargo, no todo se ha terminado. El procedimiento, que permite al gobierno legislar en el ámbito reservado normalmente a la ley¹³, le obliga a depositar un proyecto de ley de ratificación en el período fijado por la ley de habilitación, en este caso en los seis meses siguientes a contar de la publicación de la ordenanza¹⁴. En su defecto, esta última caducaría. El gobierno ha declarado que el proyecto de ley de ratificación se depositará a tiempo. De hecho, también ha declarado que dejará al Parlamento tiempo para discutir, así como posibilidades de presentar enmiendas al texto. Teóricamente, todavía podrían producirse modificaciones, incluso importantes. Pero se puede dudar de la sinceridad de las declaraciones gubernamentales. La vía de la ordenanza se eligió, no solamente para acelerar el procedimiento, sino asimismo para controlar el contenido de la reforma. En cualquier caso, los parlamentarios se arriesgan ellos mismos a no tener mayor interés en la reforma del Derecho de obligaciones y contratos en el actual contexto social y político.

3. Justificaciones de la reforma

Es especialmente lamentable que las razones de la reforma demuestren su importancia. En materia de obligaciones y contratos el Código civil tiene importantes lagunas, principalmente en lo que se refiere a la conclusión del contrato, que ignora totalmente. Sus disposiciones no reflejan más el Derecho vivo que en realidad se encuentra en una abundante jurisprudencia y en la legislación especial, sobre todo en materia de protección de los consumidores. El Derecho francés, de acceso difícil, fluctuante y a veces incierto, ya no es por tanto un modelo para otros países ni para los proyectos de armonización europea. Sobre todo, ya no resulta atractivo para los contratantes extranjeros. Para el gobierno «(...) dotarse de un Derecho escrito de obligaciones y contratos más inteligible y previsible... constituye un factor susceptible de atraer a los inversores extranje-

réforme du droit français des obligations», *Mélanges offerts à X. Martin*, LGDJ 2016, Coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers.

¹¹ Ley n.º 2015-177, de 16 de febrero de 2015, relativa a la modernización y a la simplificación del derecho y de los procedimientos en los ámbitos de la justicia y de interior (*JORF* n.º 0040 de 17 de febrero de 2015, p. 2961 texto n.º 1), artículo 8.

¹² Está también accesible en la dirección de internet del Ministerio de justicia.

¹³ Constitution du 4 octobre 1958, art. 38.

¹⁴ Artículo 27 de la loi d'habilitation du 16 février 2015 précitée.

ros y a los operadores que deseen vincular su contrato al Derecho»¹⁵. Como si el Derecho común de obligaciones y contratos se hubiese hecho solo para los operadores del comercio internacional.

Pero no hay que dar demasiada importancia a esta argumentación, pues está destinada principalmente a convencer a los parlamentarios acerca de la necesidad de confiar al gobierno la tarea de la reforma. En cualquier caso, ésta también pretende conservar el espíritu del Código civil, que el gobierno considera «*a la vez, favorable a un consensualismo propicio a los intercambios económicos y protector de los más débiles*»¹⁶.

Finalmente, la ordenanza persigue tres objetivos. Prioritariamente, aumentar la seguridad jurídica, lo cual requiere hacer «*más inteligible y más accesible el Derecho de obligaciones y contratos*». Después, reforzar el atractivo del Derecho francés, gracias a la seguridad que se acaba de evocar y a otros medios, como la consagración de instituciones surgidas de la práctica¹⁷. En fin, garantizar la justicia contractual. Según el gobierno, «*Reforzar el atractivo de nuestro Derecho no implica por eso renunciar a soluciones equilibradas, protectoras de las partes, pero al mismo tiempo eficaces y adaptadas a las evoluciones de la economía de mercado*».

Un Derecho común de obligaciones y contratos más seguro, más eficaz, más justo, esto es lo que finalmente se supone que la ordenanza debe proporcionar.

4. El estilo de los nuevos textos

Con el fin de alcanzar este objetivo ambicioso, la ordenanza naturalmente actúa a la vez sobre la forma y el fondo de los textos.

La forma del nuevo Derecho común de obligaciones y contratos, ése es el estilo y el plan del Código civil reformado. La «inteligibilidad» y la «accesibilidad» del Derecho han llevado al gobierno a reescribir muchos artículos. Giros de estilo un poco antiguo se han reemplazado por enunciados más modernos¹⁸. Palabras consideradas complicadas desaparecen, por ejemplo, el documento «*sous seing privé*», en favor del documento «*sous signature privée*». Evidentemente, esto no evita problemas de interpretación,

¹⁵ Informe al Presidente de la República, précité.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Como la cesión de contrato (artículos 1216 a 1216-3). El abandono de la noción de causa aparece también entre las numerosas modificaciones previstas para reforzar el atractivo de nuestro Derecho.

¹⁸ Por ejemplo, artículo 1123 Código civil: «*toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi*»; art. 1145: «*toute personne physique peut contracter, sauf en cas d'incapacité prévue par la loi*».

principalmente por el hecho de la aparición de nociones más o menos nuevas, como las de estipulación o prestación, y del recurso frecuente a nociones flexibles¹⁹.

Algunos textos nuevos están incluso mal escritos, como el artículo 1223, que permite entender que «solicitar» la reducción del precio, podría implicar decidir unilateralmente dicha reducción²⁰. Especialmente, el Código civil sufrirá un mal nuevo. El exceso de pedagogía conduce a veces a disposiciones que enuncian evidencias, como el artículo 1173, que dispone que «*las formas exigidas con el fin de prueba o de oponibilidad no tendrán efecto sobre la validez de los contratos*»²¹.

Por sus enunciados bastante cortos, los nuevos textos son, en todo caso, más próximos de los del Código civil de 1804 que de los de los proyectos de armonización europea con sus largos artículos de escritura tecnocrática, divididos en múltiples párrafos en el enunciado del presupuesto o en las consecuencias de la regla.

El estilo bastante plano de la ordenanza la hace fácilmente comprensible, incluso para una persona que no posea formación jurídica, tal y como el gobierno desea.

5. El nuevo plan del Código

El plan de las nuevas disposiciones del Código civil es profundamente innovador.

En el Código civil el Derecho común de obligaciones y contratos se encuentra en el Título III del Libro III, «De los contratos u obligaciones convencionales en general». Desde el siglo XIX una parte de la doctrina criticó a los redactores del Código por haber confundido la causa y el efecto²² y por haber enunciado, a propósito del contrato, reglas relativas a la obligación en general²³.

¹⁹ Vid. *infra* n.º 19.

²⁰ Artículo 1223: «*Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais*».

²¹ Vid, igualmente el artículo 1122, que indica que la ley o el contrato podrán prever un período de reflexión o de retractación.

²² Principalmente por lo que se refiere a la conclusión del contrato, que él ignora totalmente. Not. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, Tome XXIV, Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général, Tome 1*, 2^{me} éd. 1870, p. 369; DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre*, Paris, Plon, 1865, n.º 50 bis. Otros autores aprueban el plan del Código al considerar que se trata de una obra destinada a los prácticos, y no a los «estudiosos», y que la exposición más completa de los principios se da a propósito de las obligaciones más numerosas (LAURENT, *Principes de droit civil, Tome 15*, París, 1875, p. 476).

²³ E incluso las reglas de la prueba que no conciernen más que a las obligaciones. La ordenanza no ha aprovechado la ocasión de la reforma para romper el vínculo entre la prueba y las obligaciones, elaborando una verdadera «teoría general de la prueba».

La ordenanza rectifica esta presentación. El nuevo Título III se titula «De las fuentes de las obligaciones», el Título IV «Del régimen general de las obligaciones», y el Título IV bis «De la prueba de las obligaciones». El Código civil francés reformado es el primero en construir así el Derecho de obligaciones sobre la oposición de las fuentes y del régimen de las obligaciones, considerada más científica que la del Código de 1804²⁴.

El contrato figura en el primer rango de las fuentes. Recibe una definición ampliada que no solo engloba el acuerdo de voluntades, creador de obligaciones, sino también los que tienen por objeto modificar, transmitir y extinguir obligaciones²⁵. La exposición de su régimen se ha reconstruido. Tras exponer principalmente en sus disposiciones preliminares la definición renovada del contrato y la afirmación de los principios que lo gobiernan, el texto desarrolla, en los capítulos sucesivos: la formación del contrato (arts. 1112 a 1187), su interpretación (arts. 1188 a 1192) y sus efectos (arts. 1193 a 1231-7). La formación engloba la conclusión del contrato (arts. 1112 a 1127-6), su validez (arts. 1128 a 1171), su forma (arts. 1172 a 1177) y las sanciones (arts. 1178 a 1187). Los efectos del contrato oponen los efectos entre las partes (arts. 1193 a 1198) y los efectos en relación con los terceros (arts. 1199 a 1209). Añadiéndose las disposiciones sobre la duración del contrato (arts. 1210 a 1215), la cesión del contrato (arts. 1216 a 1216-3) y el incumplimiento del contrato (arts. 1217 a 1231-7).

Podrían discutirse algunas elecciones que se han realizado²⁶, e incluso hay un error de fondo que se refiere al lugar del cumplimiento forzoso²⁷. Pero, en su conjunto, la presentación es clara. Permite tener un conocimiento fácil del régimen del contrato,

²⁴ Algunos Códigos más antiguos portan la traza de dicha distinción, pero de manera menos neta. *Vid.*, por ejemplo, el Código libanés de obligaciones y contratos: Première Partie: «Des obligations en général», Livre premier «Différentes catégories d'obligations», Livre second «Des sources des obligations et des conditions mises à leur validité», Livre III «Des effets des obligations», Livre IV «De la transmission des obligations», Livre V «de l'extinction des obligations». Livre VI «de la preuve dans le droit des obligations», Livre VII «Règle d'interprétation des actes juridiques».

²⁵ Artículo 1101: «Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations». No es, sin embargo, verdad que el régimen de los acuerdos de voluntad modificativos, transmisores o extintivos de obligaciones sea el mismo que el de los acuerdos que les dan origen, principalmente en materia de capacidad.

²⁶ Por ejemplo, no tratar del incumplimiento con los efectos del contrato entre las partes. Sobre el plan del proyecto de ordenanza, ligeramente diferente, comparado con el de la Propuesta española de modernización del Derecho de obligaciones, *vid.* M. FAURE-ABBAD, «Architecture des projets», in *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, dir. J. LETE, É. SAVAUX, R.-N. SCHÜTZ ET H. BOUCARD, LGDJ 2016; Coll. travaux de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, p.103.

²⁷ Tratada únicamente en el incumplimiento del contrato cuando se refiere a todas las obligaciones, cualquiera que sea la fuente.

desde los primeros contactos entre los negociadores hasta las últimas consecuencias del incumplimiento, que la ordenanza expone de manera sintética por primera vez.

Sobre el plan formal, la seguridad buscada parece globalmente alcanzada. Pero ella también depende, como más claramente todavía la eficacia y la justicia, del contenido de los textos.

6. Continuidad y ruptura en el nuevo Derecho de obligaciones y contratos

Sobre el fondo, los textos no contienen más que un número limitado de innovaciones. A propósito de ello, el informe al Presidente de la República indica que con el fin de instaurar la seguridad jurídica, que solo el Derecho positivo permite, «*la ordenanza prevé para la mayor parte de su texto una codificación a Derecho constante de la jurisprudencia, retomando soluciones que, si bien no recoge el Derecho positivo, están muy asentadas en el paisaje jurídico francés*». Un recuento aproximado demuestra que sobre los 151 artículos que constituyen el nuevo Derecho común de obligaciones y contratos más de la mitad (alrededor de 77) codifican soluciones jurisprudenciales. Una cincuentena de otros artículos retoman disposiciones del Código de 1804, reescribiéndolas en mayor o menor medida. Es el caso particular de los artículos 1231 a 1231-7, que reproducen, casi literalmente, los artículos 1146 a 1153-1 a la espera de la reforma de la responsabilidad²⁸. No queda, por consiguiente, mucho espacio para las novedades. Menos de una veintena de disposiciones enuncian reglas originales y solo cinco artículos desafían a la jurisprudencia²⁹. Por tanto, el nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos se parece mucho al antiguo. Si no al del Código de 1804, al menos sí al que la jurisprudencia ha construido sobre él. La modificación de la letra de la ley tiene el mérito de ponerla de conformidad con el Derecho vivo, haciéndola más accesible. Pero el

²⁸ La recodificación se pretendía hacer a «Derecho constante». Pero, a pesar de todo, existen modificaciones no desprovistas de incidencias. Por ejemplo, la supresión de la exoneración por caso fortuito previsto por el actual artículo 1148 si, contrariamente a la opinión generalmente extendida, seguida por el gobierno, se considera que no es equivalente a la fuerza mayor.

²⁹ Es el caso que se refiere a la sanción de la revocación de la promesa unilateral de contrato por el promitente durante el tiempo dejado al beneficiario para optar (artículo 1124, párrafo 2), de la caducidad de la oferta por el fallecimiento del oferente (pour partie; artículo 1117, párrafo 2) y del efecto de la mala fe de aquél que publica primero su título de adquisición en el fichero inmobiliario (artículo 1198, párrafo 2). El artículo 1195 que instaura la revisión del contrato por imprevisión, contradice la célebre jurisprudencia *Canal de Craponne*. Y el artículo 1161 abandona la validez de principio del contrato celebrado consigo mismo.

progreso del Derecho no puede venir solo de la cristalización de la labor de la jurisprudencia, que incluso puede entorpecerlo.

Sin embargo, aunque en número limitado, hay innovaciones importantes, a veces incluso verdaderas rupturas, más bien tomadas prestadas del proyecto «Terré», el cual a su vez se había inspirado en los proyectos de armonización europea. Es por esta vía que el nuevo Derecho común de obligaciones y contratos, de inspiración muy nacional, se abre un poco a la influencia internacional.

Con este estilo de novedad, cuantitativamente débil pero cualitativamente esencial, ¿se mantiene la coherencia del nuevo Derecho común de obligaciones y contratos? ¿No la divide entre tendencias irreconciliables? ¿El conjunto formado de reglas tomadas del Código de 1804 y de la jurisprudencia constituye el Derecho de obligaciones y contratos más seguro, más eficaz y más justo que buscaba el legislador?

Una primera respuesta a estas cuestiones requiere, en primer lugar, examinar el contenido del nuevo Derecho de obligaciones y contratos (I) antes de intentar discernir sus fundamentos (II).

I. EL CONTENIDO DEL NUEVO DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

7. Mucha consolidación y un poco de transformación

El contenido del nuevo Derecho de obligaciones y contratos es en su mayoría, por las razones indicadas con anterioridad, el mismo que el antiguo, es decir, el Derecho positivo en la víspera de la entrada en vigor de la ordenanza, a menudo de origen jurisprudencial.

Pero la reforma del Derecho francés de obligaciones y contratos no es solo una oda al Derecho legislado que tendría como finalidad, por razones de accesibilidad y de seguridad, encerrar el Derecho en la Ley. El objetivo de hacer más atractivo el Derecho francés se malograría ampliamente si el nuevo Derecho de obligaciones y contratos no respondiese a las necesidades contemporáneas de la práctica y a los desafíos de la competencia internacional entre los sistemas jurídicos. Por tanto, la ordenanza también contiene innovaciones, en un número limitado, sin embargo a veces de importancia esencial en cuanto al fondo.

Por tanto, el contenido del nuevo Derecho común implica, a primera vista, mucha consolidación (A) y un poco de transformación (B) del Derecho de obligaciones y contratos.

A. LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

8. El ejemplo de la conclusión del contrato

La consolidación del Derecho de obligaciones y contratos deriva de la codificación «a Derecho constante» –o casi– de numerosas soluciones jurisprudenciales. El ejemplo más evidente se refiere al proceso de conclusión del contrato. Esta cuestión había sido ignorada totalmente por el Código de 1804. Por consiguiente, han sido los tribunales los que han fijado de forma progresiva el régimen de las negociaciones, de la oferta y de la aceptación, y del encuentro de voluntades. De ahora en adelante, estas cuestiones constituyen el objeto de la Sección «La conclusión del contrato» del Capítulo II «La formación del contrato». En una quincena de artículos (del 1112 al 1124), la nueva Ley enuncia los principios de libertad y de buena fe que rigen las negociaciones, las condiciones y los efectos de la responsabilidad por culpa durante las negociaciones. Asimismo, caracteriza la formación del contrato por el encuentro de una oferta y de una aceptación de las que especifica sus elementos, su modo de expresión y su valor jurídico. Define, en fin, el pacto de preferencia y la promesa unilateral del contrato para los que indica los efectos en caso de violación del pacto o de revocación de la promesa.

La ordenanza colma de esta manera una importante laguna del Código civil. Si llega el caso, resuelve cuestiones que permanecían discutidas, principalmente sancionando la retractación de la oferta durante el período de aceptación por la exclusiva responsabilidad extracontractual del oferente, con la exclusión de la conclusión forzada del contrato (artículo 1116, párrafos 2 y 3). Del mismo modo, enunciando que el contrato se concluye en el momento y en el lugar en que la aceptación llega al oferente (artículo 1121), de conformidad con la orientación establecida en los proyectos europeos³⁰.

9. La dificultad de la codificación a Derecho constante. Ilustración a través de la obligación de información

La materia ha puesto en evidencia, sobre una cuestión muy discutida, la dificultad de codificar la jurisprudencia. Al disponer que *«aquel de los contratantes que conociese o debiera conocer una*

³⁰ Por lo que se refiere a la fecha de la formación del contrato: art. 2:205 (1) PEDC, art. II-4:205 PCCR, art. 35 Proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente.

información cuya importancia fuese decisiva para el consentimiento del otro deberá informarle, puesto que éste último ignora legítimamente dicha información o se fía de la otra parte», el proyecto de ordenanza quería expresar el estado del Derecho positivo en materia de obligaciones de información³¹. No obstante, el texto se ha considerado como una generalización peligrosa, arriesgándose incluso a desembocar en el replanteamiento de una solución jurisprudencial, según la cual el adquirente, aunque sea un profesional, no está vinculado por una obligación de información en beneficio del vendedor acerca del valor del bien adquirido³². Sin duda, el temor carecía de fundamento, pues en verdad la letra del texto permite, gracias a la condición de la ignorancia legítima, mantener dicha jurisprudencia. Sin embargo, al término de la consulta pública, el texto ha sido modificado. El artículo 1112-1, párrafo 2, especifica que *«no obstante, dicho deber de información no recae sobre la estimación del valor de la prestación»*, lo cual preserva la jurisprudencia aludida anteriormente. Pero es que, además, el hecho de que la obligación de información no recaiga más que sobre aquél que conociese determinada información cuya importancia sea determinante, y no sobre el que debiera conocerla, podría acarrear un cierto retroceso de la obligación que pesa sobre los profesionales fuera de los textos particulares que la ponen de forma especial a su cargo³³.

10. Otros ejemplos de la consolidación del Derecho de obligaciones y contratos

Los textos que consolidan el Derecho positivo elaborado por la jurisprudencia sobre la base del Código de 1804 son extremadamente numerosos. Así sucede de manera particular a propósito de los vicios del consentimiento, respecto de los cuales las soluciones adoptadas sobre la base de los artículos 1110 y siguientes se han vertido en la Ley. Principalmente, que el error pueda ser de hecho

³¹ Este artículo 1129 figuraba entre las disposiciones relativas al consentimiento, en la sección sobre la validez del contrato. Dicha ubicación se había considerado injustificada por muchos comentaristas, de modo que la regla ha sido desplazada a la sección relativa a la conclusión del contrato.

³² Civ. 3^e, 17 janv. 2007, *D.* 2007. 1051, note MAZEAUD et 1054, note STOFFEL-MUNCK, *RTD civ.* 2007. 335, obs. MESTRE ET FAGES, *JCP* 2007. II. 10042, note JAMIN, *Deffrénois* 2007, art. 38562, n^o 28, obs. SAVAUX. *Vid.*, ya en términos menos generales: Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, *JCP* 2000. I. 272, obs. LOISEAU, *Deffrénois* 2000, art. 37237, n^o 64, obs. D. MAZEAUD ET DELEBECQUE, *RTD civ.* 2000. 566, obs. MESTRE ET FAGES.

³³ Por el contrario, sosteniendo que los jueces siempre podrán asimilar el profesional que debería conocer una información a aquel que la conocía efectivamente: M. FABRE-MAGNAN, «Le devoir d'information dans les contrats: essai de tableau général après la réforme», *JCP* 2016, n.º 25, 706.

o de derecho, que no deba ser inexcusable, que debe recaer sobre las cualidades esenciales de la prestación (artículo 1132), que pueda recaer sobre la prestación de una o de otra de las partes, y que la aceptación de un alea acerca de una cualidad de la prestación excluye el error (artículo 1133). La ordenanza también consagra la nulidad del contrato en caso de reticencia dolosa (artículo 1137). Repite que la amenaza del ejercicio de una vía de derecho no constituye violencia, a menos que aquélla no se desvíe de su fin, o se invoque con el fin de obtener una ventaja excesiva (artículo 1141)...

Al disponer que «*la nulidad será absoluta cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés general. Será relativa cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés privado*», el artículo 1179 consagra la «teoría moderna de las nulidades» que la jurisprudencia maneja con más o menos fortuna.

El artículo 1200, a cuyo tenor, «*los terceros deberán respetar la situación creada por el contrato. Podrán prevalerse de esa situación principalmente para generar la prueba de un hecho*», consagra los dos aspectos de la oponibilidad del contrato frente a terceros, deducidos por los tribunales con ayuda de la doctrina y que completan a partir de ahora el efecto relativo del contrato (artículo 1199).

La resolución unilateral del contrato por cuenta y riesgo del acreedor en caso de incumplimiento suficientemente grave, que se ha establecido en la jurisprudencia a partir de la sentencia *Tocqueville*³⁴, se instauró claramente como una forma ordinaria de resolución del contrato por incumplimiento, al lado de la cláusula resolutoria y de la resolución judicial (artículo 1224 y ss.)³⁵.

11. Consagraciones simbólicas

Algunas consagraciones revisten un valor simbólico importante, como la sanción del abuso de dependencia (artículo 1143), que se inspira en la jurisprudencia en materia de violencia económica³⁶. El informe al Presidente de la República la presenta como una

³⁴ Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n.º 300, *D.* 1999. 197, note JAMIN ET SOMM. 115, obs. DELEBECQUE, *RTD civ.* 1999. 374, obs. MESTRE, *JCP* 1999. II. 10133, note RZEPECKI, *Defrénois* 1999, art. 36954, n.º 17, obs. D. MAZEAUD, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, p. 180.

³⁵ En realidad, sin duda no hay aquí más una codificación a Derecho verdaderamente constante, pues le texto aporta respuestas a un cierto número de cuestiones que quedaban en suspenso relativas a la naturaleza y al lugar de dicha resolución.

³⁶ Civ. 1^{re}, 3 avt. 2002, *D.* 2002. 1860, note GRIDEL et 1862, note CHAZAL, *Somm.* 2844, obs. D. MAZEAUD, *RTD civ.* 2002. 502, obs. MESTRE ET FAGES, *Defrénois* 2002, art.

«de las soluciones equilibradas, protectoras de las partes, pero también eficaces y adaptadas a las evoluciones de la economía de mercado».

También es así con la afirmación solemne, en el encabezamiento del Subtítulo dedicado al contrato³⁷, de si los principios de libertad contractual y de buena fe, que se añaden a la reafirmación de la fuerza obligatoria del contrato³⁸. Pero la cuestión consiste en saber si, enunciándolos de esta manera, la ordenanza no les da una nueva importancia. No se trataría, por consiguiente, de una consolidación, sino de una transformación del Derecho de obligaciones y contratos.

B. LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

12. ¿Consolidación o transformación?

La transformación del Derecho de obligaciones y contratos puede ser simplemente formal como resultado de las modificaciones de redacción y de plan, o de la inscripción de la jurisprudencia en la Ley. También puede ser sustancial, derivada del hecho de consagrar reglas nuevas. Solo esto último nos interesa aquí. Pero esta distinción, en realidad, es frágil³⁹. Así, el nuevo párrafo dedicado a la representación se compone de reglas generales inspiradas en el mandato, aunque diferentes. Aplicables en ausencia de disposiciones específicas, constituyen un Derecho común de la representación que no existía hasta ahora en Derecho francés. Este Derecho común contiene por cierto, evidentes innovaciones relativas, por ejemplo, a la suerte del acto celebrado por el representante por cuenta de los dos contratantes, o al celebrado por su propia cuenta⁴⁰. La cuestión de la parte respectiva de consolidación y de

37607, no 65, obs. SAVAUX cassant Paris, 12 janv. 2000, D. 2001. 2067, note FADEUILHE, JCP 2000. II. 10433, note PIERRE.

³⁷ *Dispositions liminaires*, art. 1101 à 1111-1.

³⁸ La libertad contractual aparece presentada en sus diferentes aspectos: Artículo 1102: «*Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public*». La buena fe se aplica a los diferentes estadios del contrato. Artículo 1104: «*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public*. La fuerza obligatoria se formula en los mismos términos que en 1804: Artículo: 1103: «*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*».

³⁹ De ahí la idea que «Y compris à droit constant, la codification revêt une dimension non seulement formelle mais substantielle» (M. GUYOMAR), JCP 2015, n.º 48, 1271.

⁴⁰ Artículo 1161 «*un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accom-*

transformación se plantea también para otras nuevas divisiones y disposiciones sobre la forma del contrato (artículos 1172 a 1177), la caducidad (artículo 1186 y 1187), el efecto traslativo (artículos 1196 a 1198), la duración del contrato (artículos 1210 a 1215)...

El tratamiento de los principios de libertad contractual, de la fuerza obligatoria del contrato y de la buena fe son otros ejemplos. Desarrollándolos y colocándolos en las disposiciones preliminares, ¿no les ha dado la ordenanza un valor eminente, del que habían carecido hasta ahora? El informe al Presidente de la República especifica que no son principios directores que posean un valor superior y de los que el juez podría hacer uso con el fin de inmiscuirse en el Derecho de obligaciones y contratos. A pesar de la generalidad de lo expuesto, evidentemente es la buena fe, que inquieta mucho a los profesionales, el objetivo principal. El juez no sería capaz de utilizarla para rehacer el contrato o para ignorar la Ley. De esta manera, respecto de la buena fe en materia de cumplimiento debería perdurar la jurisprudencia *Les Maréchaux*⁴¹, según la cual el juez tiene la facultad de sancionar el uso desleal de una prerrogativa contractual, pero no se le autoriza a afectar a la sustancia misma de los derechos y las obligaciones acordadas entre las partes. Y, en cuanto a la formación del contrato, la buena fe no debería permitir imponer una obligación de información más allá de las previsiones del artículo 1112-1.

Aquellos a los que inquieta la buena fe deberían quedarse tranquilos.

13. Los abandonos

Para el resto, la transformación del Derecho de obligaciones y contratos resulta de abandonos y de añadidos.

Abandonos notables contribuyen a remodelar el Derecho común, la distinción entre obligaciones de hacer, de no hacer y de dar han sido sustituidas por la noción general de prestación, las buenas costumbres, concepto considerado obsoleto con relación a

pli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié. El texto contradice la validez de principio del contrato consigo mismo. Vid. PH. DIDIER, La représentation dans le nouveau droit des obligations, *JCP G* 2016, n.º 20-21, 580; G. WICKER ET N. FERRIER, «La représentation», in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications*, *JCP* 2015, Suppl. au n.º 21, p. 27.

⁴¹ Com. 10 juill. 2007, *D.* 2007. 2839, note STOFFEL-MUNCK, 2844, note GAUTIER ET PAN, 2972, obs. FAUVARQUE-COSSON, *RTD civ.* 2007. 773, obs. FAGES, *Defrénois* 2007, art. 38667, n.º 61, obs. SAVAUX, *JCP* 2007. II. 10154, note HOUTCIEFF, *RDC* 2007. 1107, obs. AYNES et 1110, obs. D. MAZEAUD, *Dr. et patrimoine* 2007, n.º 162, 94, obs. STOFFEL-MUNCK, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 12^{ème} éd. 2008, n.º 164.

la evolución de la sociedad y ya progresivamente abandonado por la jurisprudencia⁴², la mayoría de los consejos de interpretación de los artículos 1158 y siguientes –el pequeño «asno-guía» del decano Carbonnier– «*poco o nada utilizado por la jurisprudencia, y cuya utilidad no está comprobada*»⁴³...

El abandono más notable se refiere, evidentemente, a la causa de la obligación, sustituida por el contenido del contrato, lo cual representa el cambio más importante de la reforma⁴⁴. Su erradicación se justifica por el hecho de que se trata de una noción confusa, percibida como un factor de inseguridad jurídica y al carácter atractivo del Derecho francés, en comparación con otras muchas legislaciones que la ignoran⁴⁵, lo mismo que sucede en los proyectos de armonización europea. Por consiguiente, la eurocompatibilidad y la competencia de los sistemas jurídicos han derrotado a una de los conceptos emblemáticos del Derecho francés de obligaciones y contratos.

Pero el gobierno pretende ser tranquilizador. Los textos que desarrollan la nueva condición de validez, que es ahora el contenido del contrato⁴⁶, retoman las principales soluciones jurisprudenciales basadas sobre la causa, como la nulidad del contrato a título oneroso cuando la contrapartida pactada resulta ilusoria o irrisoria (artículo 1169). Incluyendo, por cierto, las soluciones más discutidas en su tiempo, como la de la sentencia *Chronopost*, consagrada por el artículo 1170, a cuyo tenor, «*toda cláusula que prive de su sustancia a la obligación esencial del deudor se reputará no escrita*». El control de la conformidad del contrato con los imperativos mayores de la organización social se hará sobre la base del artículo 1162, el cual señala que «*el contrato no puede derogar el orden*

⁴² Sin embargo, la ordenanza no deroga el artículo 6 del Código civil, según el cual, «*No se puede derogar, por convenciones particulares, las leyes que afectan al orden público y las buenas costumbres*».

⁴³ «Rapport au Président de la République».

⁴⁴ Para una comparación con España, *vid.* A.-M. MORALES-MORENO, «Réflexions sur la cause du contrat dans la proposition pour la modernisation du droit des obligations et des contrats», in *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, préc., p. 100; M. BOUDOT, «La cause licite dans l'obligation: comparaison franco-espagnole», *Ibid.*, p. 185.

⁴⁵ *Vid. le Rapport au Président de la République, précité*. El gobierno ha dejado de lado de forma deliberada los numerosos países que la consagran (España, Rumanía, Líbano...) y para los que el nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos no podrá servir más de fuente de inspiración. *Vid.* P. CATALA, «Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats», *Défrénois* 2008, p. 2365.

⁴⁶ Sobre las reservas que la noción suscita, *vid.* FABRE-MAGNAN, «Critique de la notion de contenu du contrat»; *RDC* 2015/3, p. 639; E. SAVAUX, «Le contenu du contrat», in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications*, *JCP* 2015, Suppl. au n.º 21, p. 20.

público a través de sus estipulaciones, ni por la finalidad que pretenda conseguir...».

Cambiar todo sin cambiar nada, ésa sería la intención. Es un apuesta imposible, porque si las soluciones consagradas se basan efectivamente sobre la causa, ésta continuará guiando su aplicación, con todas las discusiones correspondientes. Solo desaparecerá la palabra, no la institución⁴⁷.

14. Lo que se añade. La eliminación de las cláusulas abusivas

Algunas adiciones espectaculares de la ordenanza se supone, por cierto, que compensan la desaparición de la causa como instrumento de preservación de la utilidad del contrato.

Tal es el caso, en particular, de la introducción en el Código civil de un mecanismo de eliminación de las cláusulas abusivas que figuren precisamente en las disposiciones relativas al contenido del contrato. Según el artículo 1171, *«en un contrato de adhesión, toda cláusula que crea un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato será reputada no escrita»*. La regla se inspira en el artículo L. 132-1 del Código de consumo, que trata de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores⁴⁸ y de la sanción de la práctica restrictiva de la competencia prevista en el artículo L. 442-6, 2.º del Código de comercio⁴⁹. El establecimiento de semejante procedimiento como regla general aplicable a todos los contratos se ha considerado por los profesionales como una grave amenaza para la seguridad de las convenciones y para el atractivo del Derecho francés, pues el juez puede encontrar de esta manera un medio acrecentado de intervención. Por consiguiente, se ha decidido, al término de la consulta pública, limitar su ámbito exclusivamente al contrato de adhesión, definido por el artículo

⁴⁷ G. WICKER, «La suppression de la cause par l'ordonnance: la chose sans le mot?», *D.* 2015, p. 1557. Pero no es seguro que, incluso suscitando discusiones similares, reglas específicas permitan cumplir la misma función que una noción flexible.

⁴⁸ *«Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat»*.

⁴⁹ *«Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou toute personne immatriculée au répertoire des métiers... de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties»*.

1110, párrafo 2, como «*aquel cuyas condiciones generales, sustraídas a la negociación, son fijadas de antemano por una de las partes*». Si el criterio de la cláusula abusiva puede identificarse inspirándose en el precedente del Derecho de consumo, el alcance de su prohibición es incierto como consecuencia de las interrogaciones que pesan sobre la definición del contrato de adhesión⁵⁰.

15. Lo que se añade (continuación). La revisión del contrato por imprevisión

Otra gran innovación, muy esperada y muy discutida, es la introducción relativa a la revisión del contrato por imprevisión. El artículo 1195 prevé, en esencia, que en caso de cambio de circunstancias que resulte imprevisible en el momento de la conclusión del contrato, haciendo excesivamente oneroso su cumplimiento para la parte que no hubiese aceptado ese riesgo, ésta podrá pedir una renegociación del contrato. En caso de rechazo o de fracaso de la renegociación, las partes contratantes podrán acordar la resolución del contrato o solicitar al juez que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo en un período razonable, el juez podrá, a petición de una de las partes, revisar el contrato o ponerle fin.

Es un procedimiento complicado que, a pesar de todo, concede al final al juez el poder de revisar el contrato a petición de una de las partes, rompiendo de esta manera con la jurisprudencia surgida de la sentencia *Canal de Craponne*, la cual ha subsistido hasta hoy, si bien con algunas vicisitudes⁵¹. Este texto⁵², inspirado en el Derecho comparado y en los proyectos europeos de armonización, se ha presentado también como una de las manifestaciones de la justicia contractual. La regla se ha concebido para no provocar inseguridad jurídica. La revisión judicial se utiliza como una amenaza que incentive la revisión convencional, siendo una regla supletoria, pues una parte contratante puede aceptar asumir el riesgo de cumplimiento oneroso. La ordenanza, por consiguiente, consagra la revisión del contrato, pero con muchas precauciones.

⁵⁰ Sobre estas cuestiones y la de la articulación con los textos especiales, vid.: M. BEHAR-TOUCHAIS, «Le déséquilibre significatif dans le code civil», *JCP* 2016, n.º 14, 391.

⁵¹ Sobre esta historia, vid. principalmente J. FLOUR, J.-L. AUBERT ET E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Volume 1, L'acte juridique*, 16^e éd. 2014, Sirey Université, n.º 405 et s.

⁵² Sobre el cual, vid. principalmente: PH. STOFFEL-MUNCK, «L'imprévision et la réforme des effets du contrat», in *Réforme du droit des contrats: quelles innovations?* *RDC* 2016, Hors-série, p. 30.

16. Lo que se añade (fin)

Otras innovaciones deben aún resaltarse. Por ejemplo, la introducción de disposiciones sobre la cesión del contrato (artículos 1216 a 1216-3), precisando sus condiciones y sus efectos⁵³.

También muy notable, por razón de su rareza en Derecho francés, es la instauración de tres «acciones» declarativas sobre la existencia de un pacto de preferencia y la opción del beneficiario⁵⁴, la extensión del poder del representante convencional⁵⁵ y el ejercicio de la acción de nulidad.⁵⁶

El incumplimiento del contrato se ha visto afectado de forma notable por los cambios. El artículo 1220 permite a una parte suspender el cumplimiento de su obligación cuando resulta manifiesto que el cocontratante no cumplirá en plazo con consecuencias suficientemente graves para aquéllas. El artículo 1221 reafirma el derecho del acreedor al cumplimiento en forma específica, si bien lo excluye cuando exista una desproporción manifiesta entre su coste para el deudor y su interés para el acreedor⁵⁷. El artículo 1223 permite al acreedor aceptar un cumplimiento imperfecto y «solicitar» una reducción proporcional del precio –lo que incluye en realidad la facultad de proceder él mismo—⁵⁸.

⁵³ En el proyecto de ordenanza la cuestión se trataba de forma mucho más sumaria, en el capítulo dedicado a la modificación de la relación obligatoria (artículo 1340).

⁵⁴ Artículo 1123, párrafo 2: «*le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.*»

⁵⁵ Artículo 1158: «*Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte.*»

⁵⁶ Artículo 1183: «*une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé.*» Sobre estas técnicas, que él prefiera llamar «interpellations interrogatoires», *vid.* A. BÉNABENT, «Les nouveaux mécanismes», in *Réforme du droit des contrats: quelles innovations ?* préc., p. 17.

⁵⁷ El alcance de la regla es apreciada de forma muy diversa, como un simple recordatorio del límite del abuso de Derecho de requerir el cumplimiento o al contrario como un ataque intolerable a la fuerza obligatoria del contrato. Sobre el anteproyecto de reforma del Derecho de contratos (seguido más tarde por el proyecto de ordenanza), que no tenía en consideración más que el coste del cumplimiento, *vid.* T. GENICON, «Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature», *Dr. et patr.* 2014, n.º 240, p. 63.

⁵⁸ Sobre las reservas que este nuevo medio ofrece al acreedor, *vid.* E. SAVAUX, «Article 1223: la réduction du prix», in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats: articles choisis*, *RDC* 2015, p. 786.

Unas veces destinadas a aumentar la seguridad y la eficacia económica, otras teniendo por objeto garantizar la justicia, dichas innovaciones contribuyen a pesar de todo a rediseñar en profundidad el Derecho común de obligaciones y contratos. Podemos preguntarnos cuáles son las concepciones y las elecciones fundamentales que lo animan, o, dicho de otro modo, cuáles son sus fundamentos.

II. LOS FUNDAMENTOS DEL NUEVO DERECHO COMÚN DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

17. El régimen y la noción del contrato

Los fundamentos del nuevo Derecho común de obligaciones y contratos son, en parte, ya conocidos. Se trata de objetivos de política jurídica que tienen como finalidad proponer un Derecho más eficaz, más seguro y más justo. Estos imperativos se traducen en opciones importantes que se refieren a la renovación del régimen del contrato (A), los cuales, ellos mismos suscitan interrogaciones relativas al modelo de contrato en cuya consideración han sido adoptadas (B).

A. LAS OPCIONES DE LA RENOVACIÓN DEL RÉGIMEN DEL CONTRATO

18. La desjudicialización

La renovación del régimen del contrato descansa sobre cierto número de opciones que mantienen vínculos entre ellas. Una de las más importantes reside en la desjudicialización, es decir, en la eliminación del juez en la aplicación de las reglas del contrato. Existen manifestaciones de ello en todos los estadios del contrato. Tratándose de la formación, el artículo 1178 prevé que las partes contratantes puedan constatar la nulidad de común acuerdo. Pero es sobre todo el incumplimiento el afectado. Además de la consagración de la resolución por cuenta y riesgo del acreedor, el artículo 1222 le autoriza a partir de ahora a hacer cumplir él mismo la obligación sin previa autorización judicial. Del mismo modo, él podrá reducir el precio en caso de cumplimiento imperfecto.

La voluntad de excluir al juez de la sanción de los vicios de la formación o de las sanciones del incumplimiento es muy clara. La

instancia judicial se considera una fuente de gastos y de incertidumbre, contraria a la eficacia económica⁵⁹. Pero la eliminación del juez no es uniforme⁶⁰. Por el contrario, la introducción de nuevas reglas le confiere un papel central, como en la eliminación de las cláusulas abusivas o de las que privan de su sustancia a la obligación esencial del deudor, así como, por supuesto, la revisión del contrato por imprevisión.

En cualquier caso, no es una ausencia total del juez lo que la ordenanza busca, sino solamente su repliegue a una posición de retaguardia. Desapareciendo de la aplicación inmediata de la regla, dejada a las partes contratantes, él reaparecerá la mayoría de las veces en caso de contestación de su cumplimiento por las partes⁶¹.

19. Los límites de la desjudicialización

La eliminación del juez es tanto menos grande cuanto, sobre otro plano, el método legislativo utilizado le confiere un papel aumentado en la fijación del nuevo régimen del contrato. La ordenanza ha recurrido a menudo a estándares o a nociones flexibles, como lo razonable⁶², lo legítimo⁶³, lo excesivo⁶⁴, lo significativo⁶⁵ o la desproporción manifiesta⁶⁶.

Dichas nociones delegan en el juez la tarea de fijar el contenido preciso de la regla. No es ésta la paradoja menor de la reforma, relativa a las fuentes del Derecho de obligaciones y contratos, que querer congelar la jurisprudencia en la Ley como consecuencia de la inseguridad que aquélla genera y de confiar al mismo tiempo al juez la tarea de la desentrañar la significación de los grandes con-

⁵⁹ *Vid.*, en particular, Étude d'impact sur le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (NOR: JUSX1326670L/Bleue) 23 novembre 2013, p. 76.

⁶⁰ Para una comparación del proyecto de ordenanza y de la propuesta española de modernización del Derecho de obligaciones, *vid.* H. BOUCARD, «Le juge et le contrat», in *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, préc., p. 275.

⁶¹ *Vid. infra* n.º 21.

⁶² Clásica en lo que se refiere a los plazos (*vid.* principalmente: artículos 1116, 1117, 1123, 1195...), las aplicaciones son más nuevas tratándose de la persona (artículos 1188 y 1197) y, sobre todo, el coste del cumplimiento (artículo 1221).

⁶³ Para la ignorancia en la obligación de información (artículo 1112-1), las expectativas de los contratantes en la determinación de la calidad de la prestación debida (artículo 1166), el interés del pagador en la subrogación legal (artículo 1346).

⁶⁴ Aplicado principalmente a la ventaja buscada en la violencia por el ejercicio de una vía de Derecho (artículo 1141), al cumplimiento oneroso en la revisión del contrato por imprevisión (artículo 1195).

⁶⁵ Que caracteriza el desequilibrio necesario en la cualificación de cláusula abusiva (artículo 1171).

⁶⁶ Que permite excluir el cumplimiento forzoso en forma específica.

ceptos del nuevo Derecho de obligaciones y contratos. La seguridad que se buscaba no está garantizada⁶⁷.

20. El desarrollo del unilateralismo

La desjudicialización se acompaña a menudo del desarrollo del unilateralismo. No en materia de nulidad, para la que la ordenanza no admite la declaración de una sola de las partes⁶⁸. Pero la resolución por cuenta y riesgo del acreedor se hace mediante notificación al deudor (artículo 1226, párrafo 3). Se impone la misma forma para la excepción de incumplimiento anticipado (artículo 1120 *in fine*) y para la reducción del precio (artículo 1223, párrafo 2).

El unilateralismo tiene otro campo donde no excluye al juez, sino al cocontratante. Se trata de la determinación del precio. El artículo 1164 dispone que en los contratos-marco puede determinarse que el precio se fijará unilateralmente por una de las partes, pudiendo sancionarse el abuso en dicha fijación por la concesión de daños y perjuicios o por la resolución del contrato. Según el artículo 1165, en los contratos de prestación de servicios, a falta de acuerdo antes del cumplimiento, el precio podrá fijarse unilateralmente por el acreedor, pudiendo su abuso dar lugar a condena de daños y perjuicios. El alcance de dichos textos es discutido, pero parecen en retirada con relación a lo que permitía la jurisprudencia anterior⁶⁹.

21. La obligación de motivar

La concesión de una prerrogativa generalmente obliga a su titular a motivar su ejercicio. Para la fijación unilateral del precio, es el montante de este último el que debe motivarse en caso de contestación. En la resolución unilateral por cuenta y riesgo del acreedor este último deberá notificar al deudor las razones que la justifican. Curiosamente, la reducción del precio no tendrá que motivarse a menos que se trate de un medio de justicia privada radical.

⁶⁷ Sobre el papel del juez, *vid.* L. AYNÈS, «Le juge et le contrat: nouveaux rôles?», *in Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, préc. p. 14.

⁶⁸ Contrariamente a la proposición española de modernización del Derecho de obligaciones, que consagra la nulidad por notificación de una de las partes por causas de anulabilidad del contrato. *Vid.* ANTHONY BENOIST, «Nullité, annulation et rescision», *in La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, préc., p. 371.

⁶⁹ *Vid.*, principalmente: J. MOURY, «La détermination du prix dans le “nouveau” droit commun des contrats», *D.* 2016, n.º 8, p. 1013; TH REVET, «Une philosophie générale ?», *in Réforme du droit des contrats: quelles innovations ? RDC* 2016, Hors-série, p. 5, n.º 2.

La voluntad del legislador es evitar la sumisión de uno de los contratantes a la arbitrariedad del otro, otorgando al juez –que, por tanto, reaparece *in fine*– los medios de controlar el ejercicio de una prerrogativa que no debe utilizarse fuera de las previsiones de la Ley. Es verdad cuando aquélla lo dice expresamente, precisando que la resolución por notificación se hace por cuenta y riesgo del acreedor (artículo 1126, párrafo 1), y que el deudor podrá en todo momento acudir al juez para contestar la resolución (artículo 1126, párrafo 4), o indicando que en caso de abuso en la fijación del precio el juez podrá conocer de una demanda de daños y perjuicios (artículos 1164 y 1165) o en la resolución del contrato (artículo 1164).

22. El alcance de la búsqueda de la eficacia económica

El método introduce flexibilidad con el fin de asegurar la eficacia económica del Derecho común de obligaciones y contratos. Concede a los contratantes su libertad y su responsabilidad. Es coherente con las elecciones de fondo, en particular con el sacrificio de la causa, que constituye una victoria de la doctrina liberal, que veía en ella el medio de control judicial de la utilidad del contrato⁷⁰.

La eficacia económica parece tanto más embarazosa que en los últimos arbitrajes los instrumentos llamados a compensar la desaparición de la causa han sido corregidos para responder a las inquietudes de las empresas. La exigencia de una ventaja manifiestamente excesiva se ha añadido a las condiciones del abuso de dependencia. La sanción de las cláusulas abusivas se ha limitado a los contratos de adhesión⁷¹. Pero a decir verdad, ni una ni otra de dichas restricciones ofende de verdad la justicia contractual⁷².

Y en la vía de la eficacia económica, la ordenanza no va tan lejos como los proyectos europeos. Limita la determinación unilateral de los elementos del contrato exclusivamente al precio, solo en los contratos-marco y en los de prestación de servicios (artículos 1164 y 1165), mientras que el proyecto de marco común de referencia, por ejemplo, permite la determinación de cualquier elemento del contrato (art. II.-9:105). Contrariamente a este último (art. III.-504), no admite la resolución por incumplimiento antici-

⁷⁰ V. Comp. L. AYNÈS, La cause, inutile et dangereuse, *Dr. et Patr.* 2014, n.º 240 et D. MAZEAUD, Pour que survive la cause en dépit de la réforme, *Ibid.*

⁷¹ *Vid.* los artículos 1143 y 1171, *préc.*

⁷² Incluso si habría debido contentarse con una ventaja excesiva por abuso de dependencia, y no suprimir la sanción del abuso de debilidad.

pado. Tampoco concede al deudor un derecho de corrección del incumplimiento⁷³. El requerimiento continúa siendo, salvo excepción, una condición previa general a las sanciones por incumplimiento⁷⁴...

El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos es, por consiguiente, un Derecho con matices, del que podemos preguntarnos sobre qué modelo de contrato ha sido concebido.

B. EL MODELO DE CONTRATO QUE SE TIENE EN CUENTA

23. La persistencia del modelo clásico del acuerdo de voluntades generador de obligaciones

El modelo de contrato en cuya consideración el codificador legisla resulta esencial porque, como lo ha recordado con precisión Pierre Català, «*el Derecho civil es un Derecho de equilibrio, preocupado por igual de los intereses en presencia, sin ser favorable a priori a una o a otra de las partes. Es a otros Códigos o leyes a quienes incumbe la tarea de ajustar el equilibrio contractual hacia más eficacia o más seguridad, en función de las situaciones jurídicas en causa y de la utilidad social que se pretende*⁷⁵». En la fase de preparación de la ordenanza, las interrogaciones sobre la filosofía general del texto han sido muy numerosas. Por su parte, los autores del texto declaran de forma oficiosa haber querido dar prueba de pragmatismo.

La figura del contrato que ellos ofrecen no tiene, a pesar de todo, nada de original: es un acto de voluntad bilateral que produce efectos en materia de obligaciones⁷⁶. Dichos efectos son el producto de la voluntad de las partes, libres para determinar el contenido del contrato (artículo 1102). Pero no pueden hacerlo más que dentro de los límites fijados por la Ley, teniendo fuerza obligatoria solo los contratos legalmente formados (artículo 1103). Por tanto, la ordenanza no aporta nuevos elementos relativos a la naturaleza del contrato⁷⁷.

⁷³ Prevista por el artículo III.-3:201 del proyecto de marco común de referencia.

⁷⁴ Artículo 1221 (exécution forcée en nature), artículo 1222 (remplacement), artículo 1223 (réduction du prix), artículo 1225 y ss. (résolution), artículos 1231, 1231-5 y 1231-6 (dommages et intérêts).

⁷⁵ Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones y contratos y del Derecho de la prescripción, préc., Présentation générale, p. 3.

⁷⁶ No solamente su creación, sino también su transformación, transmisión y extinción. *Vid. supra* n.º 5.

⁷⁷ Todas las discusiones que en el pasado ha suscitado continúan, por tanto, siendo posibles. *Vid.*, principalmente J. GHESTIN, G. LOISEAU ET Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat. Tome 1: Le contrat-Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} é d. 2013,

Ella parece fuertemente inspirada por la autonomía de la voluntad considerada como la facultad de las partes para dotarse de su propia ley, dentro de los límites de la delegación que la autoridad pública le consiente. Además de eso, todos los textos de presentación de la reforma —estudios de impacto, exposiciones de motivos⁷⁸— dan la impresión de que el gobierno ha legislado para los contratos de negocios, si no lo ha hecho incluso para los contratos internacionales respecto de los cuales hay que favorecer la elección del Derecho francés. Estos contratos presuponen que las partes disponen de un poder de negociación idéntico, fijando de común acuerdo las reglas que van a regir sus intercambios. La seguridad y la eficacia que dichos intercambios necesitan se añaden a la libertad y a la responsabilidad para modelar el nuevo Derecho común de obligaciones y contratos.

Pero la previsión de un poder idéntico en la defensa de los intereses no se produce siempre. Incluso entre empresas existen relaciones de dominación, principalmente en el sector de la distribución. Además de esto, el gobierno también tiene la voluntad de proteger a la parte débil, como así hace, no el Código de 1804, pero sí la jurisprudencia elaborada sobre su fundamento y la legislación especial, principalmente en materia de protección de consumidores.

24. El alcance de la consagración del contrato de adhesión

Dicha intención se traduce de manera particular en la consagración de la distinción entre el contrato individual y el contrato de adhesión. Según el artículo 1110, párrafo 2, «*el contrato individual es aquél cuyas estipulaciones son libremente negociadas entre las partes. El contrato de adhesión es aquél cuyas condiciones generales, sustraídas a la negociación, se fijan de antemano por una de las partes*». En el contrato de adhesión el adherente no puede ejercer su libertad de determinar el contenido del contrato, de modo que podemos dudar que sea el fruto de un acuerdo de voluntades. Uno de los raros comentaristas que se han interesado por el espíritu general de la ordenanza se pregunta en consecuencia si la consagración del contrato de adhesión no marca una ruptura con la filosofía del Código civil⁷⁹.

n.º 37 et s.; J. FLOUR, J.-L. AUBERT ET E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Volume 1, L'acte juridique*, 16^e éd. 2014, Sirey Université, préc., n.º 92 et s.

⁷⁸ Vid., principalmente, l'étude d'impact sur la loi de modernisation du droit précitée.

⁷⁹ TH. REVET, «Une philosophie générale ?», in *Réforme du droit des contrats: quelles innovations ? RDC 2016, Hors-série, préc.*, p. 5.

Su respuesta es negativa por razones después de todo clásicas. El contrato no necesita que sus condiciones hayan sido sometidas a la negociación, de modo que la voluntad contractual puede expresarse por la aceptación global de un contenido predeterminado por la otra parte. Según dicho autor, la consagración del contrato de adhesión marcaría incluso un n «*afinamiento de la filosofía moderna del contrato*» por la consideración de una voluntad menos abstracta. La voluntad apta para producir efectos inmediatamente jurídicos es la del contratante dotado del poder de negociación. Cuando una de las partes está privado de él, la juridicidad del acuerdo se subordina a un control suplementario de ausencia de abuso, que pueda remediar la imposibilidad para uno de los contratantes de defender sus intereses en la negociación.

25. Justicia contractual, libertad y responsabilidad

No es cierto que al enunciar la distinción entre contratos individuales y contratos de adhesión, los redactores de la ordenanza hayan tenido la intención, ni siquiera la conciencia, de formular la *summa divisio* moderna de los contratos. Sobre todo porque hasta el último momento la única consecuencia vinculada a la calificación de contrato de adhesión era, en caso de ambigüedad, una regla especial de interpretación frente a aquél que propuso las cláusulas (artículo 1193 proyecto de ordenanza). En el proyecto de ordenanza la posibilidad para el juez de suprimir una cláusula que causare un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes se reconocía para todos los contratos (artículo 1169 proyecto de ordenanza). Dicha generalización de la lucha contra las cláusulas abusivas era muy poco conforme con la filosofía del Código de 1804. Puesto que el consentimiento de las partes no está viciado, el contrato es válido y se impone al juez, que no puede modificarlo sin una habilitación especial del legislador. Contra las cláusulas abusivas, dicha habilitación solo existía en los contratos celebrados entre profesionales y no-profesionales o consumidores⁸⁰.

La limitación de la lucha contra las cláusulas abusivas solo a los contratos de adhesión, introducida al término de la consulta pública con el fin de tranquilizar a las empresas, concilia de forma oportuna un instrumento moderno de la protección de los contratantes débiles con una filosofía contractual basada en la libertad y la responsabilidad. Cuando las partes han podido ejercer libremente su

⁸⁰ Importa poco en Derecho francés que las cláusulas hayan sido o no negociadas. Pero en la práctica los contratos son en general contratos de adhesión.

poder de negociación, el juez no debe sustituirlos con el fin de verificar la utilidad del contrato⁸¹.

26. Algunas paradojas del nuevo Derecho de obligaciones y contratos

El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos esconde cierto número de paradojas, esto es, de contradicciones. Se supone que debía abrirse a la competencia internacional de los sistemas jurídicos, cuando codifica ampliamente el Derecho francés en vigor. Lo hace abandonando incluso la causa, noción emblemática del Derecho francés, pretendiendo, a pesar de todo, no cambiar nada gracias a la consagración de soluciones enunciadas sobre su fundamento. Pretende encerrar el Derecho en la Ley por razones de seguridad cuando enuncia reglas flexibles que confían al juez un papel esencial en su aplicación.

Tanto por lo que se refiere a los fundamentos como al contenido del nuevo Derecho de obligaciones y contratos, no se distingue siempre una doctrina muy firme de los redactores. Sin duda que se debe al hecho de que el texto ha sido elaborado por algunos magistrados de la cancillería sobre los que se han ejercido influencias diversas.

Podríamos reconocer al menos un mérito a este Derecho renovado. Contra orientaciones más extremas, el nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos posee un cierto espíritu de moderación que puede servir de modelo. Pero en realidad debe todavía encontrarse el equilibrio del sistema, porque la pretensión de encerrar el derecho en el Código resulta vana. Nosotros tenemos el germen del nuevo Derecho de obligaciones y contratos que llegará finalmente, como siempre, a través de la interpretación doctrinal y jurisprudencial de los textos⁸².

Poitiers, 29 de junio de 2016.

⁸¹ Vid. principalmente E. SAVAUX, «Le contenu du contrat», *JCP* 2015, Suppl. au n.º 21, p. 2, préc.

⁸² La célebre exhortación de PORTALIS sigue siendo de completa actualidad: «*Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas*».



Sociedad líquida y codificación

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho civil

Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

RESUMEN

En los tiempos actuales de la «segunda modernidad» (Beck) o la «modernidad líquida» (Bauman), caracterizada por la falta de referentes sólidos y la instantaneidad de los problemas y los resultados, la autora se pregunta si estamos ante momentos propicios para la codificación, como idea y como técnica jurídica.

Centrada básicamente en la materia de obligaciones y contratos, analiza la situación de la actual «codificación» «neocodificación» o «recodificación», tanto en el ámbito trasnacional, singularmente en el seno de la Unión Europea, como en los Estados de nuestro entorno que la han acometido; se centra a continuación en la situación en España, donde la coexistencia de tres trabajos prelegislativos, respectivamente referidos a la modernización del Libro IV del Código civil español, la redacción de un nuevo Código mercantil y la elaboración del Libro VI del CCCat, nos convierten en un caso verdaderamente singular en el concierto comparado. En todos los referentes enunciados estudia también la ubicación y el encaje del Derecho de consumo.

El análisis realizado lleva a la autora a considerar que la idea de código sigue siendo útil para la existencia de un sistema de Derecho privado acorde con las necesidades de nuestro tiempo; niega por ello que se trate de una «categoría zombi» en el sentido resaltado por Beck (una idea muerta, pero todavía viva) y considera que la elaboración de un Código de Obligaciones y Contratos (incluido o no en el Código civil), donde se incluyan las bases de las obligaciones contractuales de todo el Derecho privado y no solo del civil, es un anclaje sólido al que no se debe renunciar si queremos que nuestro ordenamiento esté en condiciones de competir con los que nos rodean.

PALABRAS CLAVE

Segunda modernidad, modernidad líquida, globalización, codificación, legislación inteligente, código fuerte, código-consolidation, código de dere-

cho constante, código de consumo, código civil, código mercantil, categoría zombi.

ABSTRACT

In current times, those of the «second modernity» (Beck) or «liquid modernity» (Bauman), defined by the lack of solid references and the instantaneity of both problems and results, the author asks whether we are at the right time to the codification, both as an idea, and as a legal technique.

Mainly focused in Obligations and Contracts, she analyses the situation of the current «codification», («neocodification» or «recodification») both from an inter-European perspective, and from the perspective of individual States of the area that have undertaken it. She then focuses on the Spanish situation, in which the coexistence of three legislative pieces of work, referring to the modernisation of Book IV of the Spanish Civil Code, the drafting of a new Commercial Code, and the making of the new book of the CCCat, makes for a very peculiar situation within the Comparative Law. She also studies the relation and role of these three works within the Consumer's Law.

The author believes that the concept of «code» is still of value for a Private Law system, in line with the needs of our times; she denies the label of «zombie category» as Beck would define it (a dead idea, but still alive). She considers that the drafting of an Obligations and Contracts Code (whether within the Civil Code or not), including the bases for the contractual obligations of Private Law, is a solid foundation that should not be disregarded if we want our jurisdiction to be at par with those that surround us.

KEY WORDS

Second modernity, liquid modernity, globalization, codification, smart legislation, strong code, consolidation-code, constant law-code, consumer code, civil code, commercial code, zombie category.

SUMARIO: I. *Introducción: sociedad líquida y Derecho líquido.*—II. *Los textos (¿códigos?) de referencia en el ámbito internacional, transnacional o supranacional.*—III. *Los códigos estatales de los últimos años.*—IV. *El encaje del Derecho contractual de consumo en los distintos modelos codificados.*—V. *La situación codificadora en España.* 1. El reciente pasado. 2. Perspectivas de futuro y reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN: SOCIEDAD LÍQUIDA Y DERECHO LÍQUIDO

Si comienzo haciendo referencia a la situación social y económica en la que vivimos pocos discreparán de que son tiempos convulsos, tiempos difíciles, tiempos inseguros, tiempos de la «exas-

peración de la incerteza». Son tiempos de crisis económica, de crisis existencial, de pérdida de los referentes ideológicos, de menoscabo de las señas de identidad cultural y política sobre la que llevábamos ya tiempo asentados. Las ideas e instituciones que nos han servido durante siglos, como las de Estado-nación, soberanía territorial, democracia universal y representativa o Estado social, por ejemplo, se desmoronan irremediablemente, sin que todavía hayamos acertado a diseñar otras que puedan ser consideradas equivalentes. Cada vez más la toma de las grandes decisiones depende de agentes que no están identificados y que nos parecen muy lejanos, los problemas se aceleran y multiplican, las respuestas se exigen rápidas, contingentes, continuadas, inmediatas, y las que en otro tiempo servían se nos muestran hoy inútiles.

Son los tiempos no ya modernos, sino postmodernos para unos, de la segunda modernidad para otros¹, los tiempos de «la modernidad líquida», en feliz expresión acuñada por el sociólogo y filósofo polaco Zygmunt Bauman quien, utilizando un símil fácilmente perceptible, compara la situación de nuestros días con el estado líquido de la materia; nos recuerda que «Los sólidos conservan su forma y persisten en el tiempo: duran, mientras que los líquidos son informes y se transforman constantemente: fluyen. Como la desregulación, la flexibilización o la liberación e los mercados», añadiendo que «La fluidez o la liquidez son metáforas adecuadas para aprehender la naturaleza de la fase actual –en muchos sentidos nueva– de la historia de la modernidad»². Pone en acento en varios puntos

¹ El concepto de «segunda modernidad» fue acuñado por el ya desaparecido sociólogo alemán Ulrich Beck, teórico de la globalización; el autor citado reivindica la paternidad de la expresión «segunda modernidad», precisamente en su libro titulado *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo Respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1997, edición de bolsillo 2008, que es la que he utilizado, pp. 30-31. Resulta tarea estéril la de intentar sintetizar aquí todo lo que Beck asocia con la «segunda modernidad»; llamaré solo la atención sobre algunos puntos de interés para el tema que nos ocupará en las páginas siguientes; así, la visión de la sociedad de la primera modernidad la ha descrito A. D. Smith como «nacionalismo metodológico»: la sociedad y el Estado son pensados, organizados y vividos de manera coincidente, de suerte que el Estado nacional se convierte en contenedor de la sociedad; en la segunda modernidad esta arquitectura del pensamiento, de la sociedad y de la vida, se viene abajo y en su lugar se alza la «sociedad civil global» en sus dimensiones de globalización económica, política, ecológica, cultural y biográfica; sociedad mundial significa que surgen oportunidades de poder, espacios de los social en el quehacer, la vida y la experiencia que destripan y ponen patas arriba la ortodoxia de la política y la sociedad (BECK, 2008, pp. 133 ss.); el autor también nos advierte de que «La unidad del Estado, sociedad e individuo que presupone la primera modernidad se diluye aquí. Sociedad mundial no significa una sociedad de economía mundial, sino una sociedad no estatal, es decir, un conglomerado social para el cual las garantías de orden territorial estatal, pero también las reglas de la política públicamente legitimada, pierden su carácter obligatorio. Ausencia de Estado (a-estatalidad) significa que se da una situación de competencia entre los Estados» (BECK, 2008, p. 197).

² BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 8.

que constatan la licuefacción de la sociedad contemporánea. Por lo que en esta sede nos interesa, resalta cómo el Estado ya no preside la reproducción del orden sistémico, habiendo dejado ahora esta función en manos de las fuerzas del mercado, que, al estar desreguladas, ya no se hacen políticamente responsables de sus actos, el eje de gravedad del proceso de construcción del orden se desplaza, alejándose de las actividades de legislación, generalización, clasificación y categorización. Durante toda la etapa sólida de la era moderna el «suelo» y el sedentarismo que representaba el Estado-nación constituía la base del nuevo orden legislado, que codificaba los derechos y deberes de los ciudadanos; por el contrario, en la etapa fluida de la modernidad la mayoría sedentaria es gobernada por una élite nómada y extraterritorial³.

Fácilmente se compartirá que la fusión, paso del estado sólido al estado líquido, alcanza también, por supuesto, al Derecho, que durante mucho tiempo se ha visto como un conjunto de normas que, al menos como aspiración, pretende la racionalidad y la coherencia y cuya eficacia está salvaguardada por el poder coactivo del Estado⁴. Por el contrario, el Derecho de la modernidad presente es cada vez menos sólido, menos técnico, menos científico, menos autónomo, menos garantista, menos identificable, menos seguro; en nuestro tiempo el Derecho se convierte en algo fluido, líquido, amorfo, que se adapta a las circunstancias y que ya no es freno y garantía de nada⁵, sino vehículo de intereses contingentes que fluyen de forma constante y mutan y se adaptan de manera imprevisible.

En esta tesitura son muchos quienes opinan que no es tiempo de codificar⁶. Un Código es un signo de identidad de la modernidad sólida, del Derecho sólido, firmemente atado a un territorio y a un poder político centralizado y fuerte. Es la expresión legislativa de

³ BAUMAN, 2004, p. 18.

⁴ Díez-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1973, 2.ª ed. 1987, pp. 162 ss.

⁵ Como dice TENA ARREGUI, R., en una columna publicada en el diario *El Mundo*, el 30.09.2009, «Es obvio que cuanto más líquido sea el Derecho, menos freno supone para el poder, dado que no resulta infrecuente que las «opiniones predominantes en la comunidad» sean dictadas desde arriba, a través del «bramido de los líderes», en expresión de Natalino Irti» (<http://www.elmundo.es/opinion/tribuna-libre/2009/09/19536117.html>).

⁶ En un sugestivo trabajo ZÉNATI-CASTAING, F., «L'avenir de la codification», *RDI-Comp.*, 2/2011, pp. 355-373, espec. p. 360, afirma que la codificación nacional, fenómeno moderno, solo tiene sentido en la edad postmoderna en la medida en que se prolonguen, en contraposición con los nuevos tiempos, las manifestaciones retardadas de la humanidad, estimando que habrá todavía codificaciones nacionales, pero solo en los límites de las necesidades de modernización del mundo. Este mismo autor añade más adelante que la mundialización del Derecho, por su policentrismo y su incompatibilidad con la heteronomía, ofrece un modelo que contradice el carácter relativamente autoritario del código (pp. 361 y 362).

la racionalización, la sistematización y la certeza del Derecho⁷; es una forma permanente, o al menos con tendencia a serlo; es la antítesis de la fluidez y del cambio acelerado. No es de extrañar, pues, que un sector de la literatura jurídica estime que la codificación es una técnica que está periclitada, que pertenece a otro tiempo histórico, pues se trataría de una actuación propia de las estructuras sólidas, hoy completamente superadas.

No cabe duda de que la elaboración de códigos significa un modo de entender el ordenamiento jurídico que venía exigiendo una referencia territorial, más en concreto estatal, un poder político fuerte, un cuerpo de doctrina muy cualificado y muy asentado⁸. Nada de ello es propio de nuestro tiempo líquido en el que la producción del Derecho ha dejado de ser un monopolio del Estado por la pérdida del protagonismo de este último como eje vertebrador de la sociedad y de todas sus derivaciones⁹. El Derecho se crea hoy, además de en los órganos legislativos nacionales, en otros centros de poder concurrentes o alternativos (Unión Europea, por ejemplo, pero también grupos de presión doctrinales o económicos)¹⁰ cuyas fuentes formales de producción de normas son diferentes a las tradicionales y cuyos referentes intelectuales son cada vez más contingentes e inseguros.

A mayores, no se debe perder de vista que la idea de Código en su sentido más propio se basa en un concepto de ley como mandato general, racional y abstracto, que dimana del monopolio de creación del Derecho ostentado por el Estado¹¹ y que no sirve para dar

⁷ DÍEZ-PICAZO, L., «Codificación, descodificación y recodificación», *ADC*, 1992, pp. 473-484, espec. 474 y 476.

⁸ GÓMEZ POMAR, F., «Ventajas e inconvenientes de la codificación en Europa y en España», en *Codificaciones y Derecho privado en el siglo XXI*, E. Roca Trias (Dir.), M.^a C. Cazorla (Coord.), Madrid, 2015, pp. 115 ss.; también ALFARO, J., «Contra la promulgación del Anteproyecto del Código Mercantil», en *Codificaciones y Derecho privado en el siglo XXI*, E. Roca Trias (Dir.), M.^a C. Cazorla (Coord.), Madrid, 2015, pp. 19-26, para quien «el siglo XXI no es el siglo de la codificación».

⁹ BECK, 2008, pp. 171 donde el autor explica las características de la nueva sociedad mundial.

¹⁰ GARCÍA RUBIO, M. P., «Responsabilidad social empresarial y autorregulación. Los códigos de conducta y las fuentes del Derecho», *BMJ*, núm. 2141, abril 2012, pp. 1-16.

¹¹ Señala RESCIGNO, P., que los códigos han contribuido a poner en un trono a la ley; pertenecen al fenómeno de exaltación de la ley como fuente y están estrechamente conectados con los ideales de la positividad y estatalidad del Derecho («La forma códice: storia e geografía de un'idea», *Studi in onore di Piero Schlessinger*, t. I, Milano, 2004, pp. 217 ss; también recogido en *Codici. Storia e geografía di un'idea*, Roma, Laterza, 2013, pp. 3-9, que ha sido el texto aquí consultado). Aunque con planteamientos distintos es útil la cita de ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, Trotta, 1992, no solo porque este autor también maneja la idea de «líquida y fluida» frente a «sólida» aplicada a la dogmática jurídica de nuestro tiempo (p. 17), sino también porque contrapone la ley del Estado liberal a la del Estado constitucional, considerando que en aquel «La ley por excelencia era entonces el código, cuyo modelo histórico durante todo el siglo XIX estaría representado por el Código civil napoleónico. En los códigos se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la ley», que el autor citado resume así: «la

respuesta a los acelerados problemas actuales, los cuales exigen más flexibilidad y rapidez de respuesta que los que puede suministrar ese concepto de ley objetivo y estable¹². En consecuencia, se piensa que de hacerse un nuevo Código quedaría rápidamente viejo y superado, lo que daría lugar a una pronta y continuada descodificación, pues en ningún caso su mera existencia podría evitar la continua y acelerada producción normativa a través de las reglas *ad hoc* que reclaman las acuciantes necesidades postmodernas¹³. Puede decirse que en lo que respecta a España esta circunstancia ha sido muy evidente en los últimos años y casi escandalosa en los meses que precedieron a las elecciones del pasado veinte de diciembre de 2015. De la descompostura legislativa no se libró ningún sector del ordenamiento jurídico incluyendo, por supuesto, el Derecho privado; baste señalar que solo en los meses de junio y julio de 2015 se publicaron varias leyes de la más diversa naturaleza que modificaron decenas de artículos del Código civil sin ningún tipo de cortapisa.

No puede, pues, causar sorpresa que muchos autores opinen que las fuentes de producción normativa propia de nuestros días han de ser otras, más fluidas, más rápidas, más adaptables, más flexibles que la vieja y anquilosada ley vertida en los códigos¹⁴. La ley abstracta y general, resultado de un procedimiento reglado y

voluntad positiva del legislador, capaz de imponerse indiferenciadamente, en todo el territorio del Estado y que se enderezaba a la realización de un proyecto jurídico basado en la razón (la razón de la burguesía liberal, asumida como punto de partida), el carácter deductivo del desarrollo de las normas, *ex principiis derivationes*; la generalidad y la abstracción, la sistematicidad y la plenitud».

¹² BAUMAN, 2004, p. 53, «La modernidad pesada fue, después de todo, una época en la que se daba forma a la realidad a la manera de la arquitectura y la jardinería; para que la realidad se ajustara a los dictámenes de la razón, debía ser construida bajo estrictas normas de control de calidad y de acuerdo con estrictas reglas de procedimiento [...] Era una época que soñaba con legislar para hacer de la razón una norma de la realidad, con barajar y repartir de nuevo para impulsar las conductas racionales y hacer que todo comportamiento contrario a la razón resultara demasiado costoso como para ser siquiera considerado. Para la razón legislativa, descuidar a los legisladores y las instituciones a cargo del cumplimiento de la ley no constituía, obviamente una opción. La cuestión de la relación con el Estado, cooperativa o antagonica, representaba su dilema fundacional: un verdadero asunto de vida o muerte».

¹³ ZAGREBELSKY, 1992, p. 38, entiende que la ley del Estado constitucional «ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad».

¹⁴ Sobre la crisis y reinención de la ley en nuestros días, *vid.* las interesantes reflexiones de LAPORTA, F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 151 ss. También se hace eco de la crisis del imperio de la ley como consecuencia del «ocaso de la era jacobina», RODOŤÁ, S., «Códigos de conducta: entre *hard law* y *soft law*», en Real Pérez (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica, I y II. Congresos Internacionales «Códigos de conducta y mercado»*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 19. Por su parte, ZÉNATI-CASTAING, 2011, p. 362, señala que el código es víctima no sólo de la desaparición de sus causas políticas, sino también de la crisis de la ley, que es en realidad la modificación de su función, y del incremento de las fuentes no formales.

garantista, que en ciertos aspectos reclama una precisión técnica muy depurada¹⁵, se está viendo sustituida progresivamente por fórmulas más rápidas y menos pesadas; así, cumple recordar que los actos normativos de las autoridades son cada vez más numerosos y más continuados (podemos referirnos, también en la experiencia cercana, al incuestionable abuso de los decretos-leyes); pero las autoridades son también progresivamente más abundantes y más invisibles para el ciudadano, cuyo papel en la elaboración de la normatividad es también objeto de perplejidad y discusión. Entre las fuentes más tradicionales se opina que la jurisprudencia creadora de Derecho es mucho más versátil y flexible que el recurso a la rígida ley, sobre todo si esta se halla incluida en los todavía más pesados códigos, pues el Derecho judicial puede dar soluciones más ágiles, particularizadas y adecuadas a los problemas jurídicos y sociales actuales que las proporcionadas por el rígido modelo codificado¹⁶. Además surgen nuevas «fuentes» concurrentes, cuyo controvertido carácter normativo y hasta las dudas sobre su legitimidad democrática no impiden que se vayan imponiendo con pausada pero incansable insistencia (los llamados «códigos de conducta» son un buen ejemplo¹⁷).

Lo cierto es que ya no se requieren soluciones definitivas, inmutables, no adaptables o transformables¹⁸: en un mundo donde todo es provisional, pasajero y maleable, la norma jurídica también ha de contener respuestas contextuales y adaptativas.

¹⁵ Conviene también apuntar las críticas vertidas en torno a lo que podemos denominar como el «déficit democrático» del Código al que se refiere Rescigno, P., cuando señala que un código, en general, no tiene nunca un origen democrático-parlamentario, en el sentido de formular los resultados del debate de una asamblea en al cual están representados y conviven los intereses de carácter popular, sino que es más bien el resultado de una elaboración de carácter técnico que procede de especialistas investidos de poder; puede revestir su investidura de mecanismos de carácter parlamentario, pero no es nunca la creación del sistema político democrático («Codice civile europeo: un copione recitato fuori tempo?», *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma, Laterza, 2013, pp. 245-250, espec. pp. 246-247; trabajo inicialmente publicado en *An European Civil Code?, Perspectives and Problems*, Atti del Convegno, Genova, 28 maggio 2004, a cura de V. Roppo, Milano, 2005, pp. 251 ss.).

¹⁶ GÓMEZ POMAR, 2015, p. 136: «El desarrollo judicial del Derecho, incluso por razones psicológicas y cognitivas, es más contextual y está más atento a las circunstancias que el derecho legislado, no digamos ya el codificado. Está mejor situado para reflejar las diferencias en los escenarios fácticos, tiene alcance más modesto y menos invasivo sobre las expectativas presentes de los intervinientes en la relación, y evoluciona de forma más pausada y acompañada a los cambios en los escenarios y condiciones económicas y sociales».

¹⁷ Los códigos de conducta son el ejemplo paradigmático del *soft law* contemporáneo, que frente a *hard law* tradicional, es más dinámico y flexible, responde con mayor rapidez, capacidad de adaptación y elasticidad a las progresivas necesidades sociales, como decíamos en GARCÍA RUBIO, 2012, p. 7; el *soft law* es a su vez el paradigma del Derecho líquido. *Vid.* también al respecto, RODOŤÁ, 2010, p. 23.

¹⁸ Términos utilizados por GÓMEZ POMAR, 2015, p. 119.

Pero es que, además, en un mundo donde todo se consume, todo se compra y se vende¹⁹, los ordenamientos jurídicos también han de salir al mercado, tablero donde habrán de competir en un juego en el que serán más atractivos cuanto más plásticos y flexibles sean²⁰, de suerte que aquellos modelos que logren ofrecer los menores costes de transacción –y no los más justos, ni los más legítimos, ni los que mejor aseguren los ideales democráticos– serán los preferentemente elegidos y, con ello, los ganadores del juego en el que todos quieren participar²¹

Con todo, a pesar de la repercusión de esta tesis anti-legisladora y anti-codificadora y su aparente sintonía con los tiempos de la modernidad líquida, existen algunos datos de nuestro entorno jurídico más próximo que pudieran desmentir, o al menos matizar en buena medida, la idea de que el modelo codificado está totalmente superado, cuando menos en lo que atañe al campo del Derecho civil patrimonial. Voy a poner algunos ejemplos referidos a la esfera internacional o transnacional primero y al tradicional espacio estatal, en segundo lugar, con el objetivo de entresacar, si es posible, algunas enseñanzas.

II. LOS TEXTOS (¿CÓDIGOS?) DE REFERENCIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, TRANSNACIONAL O SUPRANACIONAL

En el marco que trasciende las dimensiones puramente estatales, cada vez más relevante en la época de la segunda modernidad,

¹⁹ Dice BAUMAN, 2004, p. 79: «El arquetipo de la carrera que corre cada miembro de la sociedad de consumidores (en una sociedad de consumo todo es a elección, salvo la compulsión a elegir, la compulsión que se convierte en adicción y que por lo tanto deja de percibirse como compulsión) es la actividad de ir de compras» y añade «El código que determina nuestra política de vida deriva de la praxis de ir de compras».

²⁰ Desde esta perspectiva, explica GÓMEZ POMAR, 2015, p. 128, que la técnica codificadora puede cortar los efectos beneficiosos de la concurrencia entre ordenamientos, pues «Los sistemas jurídicos, interesados en atraer contratantes al ámbito de su derecho (por motivos fiscales, o de prestigio, por ejemplo), competirán por ofrecer las reglas más competitivas e interesantes para los potenciales contratantes». Añade el autor que este proceso competitivo conducirá, a través de su repetición y continuación en el tiempo, a lograr el conjunto de reglas más deseables para los contratantes, de suerte que el proceso competitivo entre ordenamientos servirá para maximizar la calidad de las normas de Derecho de contratos del mismo modo que la competencia en los mercados lleva a los productos y servicios que los consumidores desean adquirir.

²¹ Como pone de relieve, LAPORTA, 2007, p. 251. El mismo autor, 2007, pp. 248 y 249, destaca también que aquellas comunidades nacionales o estatales que no dispongan de un derecho interno lo suficientemente eficaz y articulado, simplemente no participan en el proceso de globalización, o lo hacen solamente como meras afectadas pasivas, de suerte que las sociedades jurídicamente desarticuladas están excluidas de los beneficios potenciales del proceso de globalización.

son numerosos los textos publicados en los últimos años que, sin adoptar el nombre de Código, obedecen en alguna medida a los parámetros genuinos de la idea más propia de este, tal y como se concibió en la edad de la codificación por excelencia, el siglo XIX: esto es, un texto totalizador de los nuevos principios y las nuevas reglas, sistemático, con vocación de superar lo precedente y de instituir un orden nuevo²². Los referentes son de sobra conocidos y van desde textos vinculantes por su origen y su formulación jurídica (la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 que es un tratado internacional), a otros que tienen naturaleza de *soft law*, ya sean de alcance global, como los Principios Unidroit (publicados en 1994 y completados en 2004) o, en el marco europeo, los Principios de Derecho Europeo de contratos, también conocidos como Principios Lando, publicados entre 1995 y 2003, así como el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) de 2008²³.

Desde las instancias oficiales de la Unión Europea, marco paradigmático de la llamada soberanía inclusiva²⁴, se planteó en su día la elaboración de un controvertido Código civil (patrimonial) europeo; durante algún tiempo quienes en el sector académico lo apoyaban con distintos matices²⁵ y quienes parecían denostarlo estaban equilibrados. Aunque en los últimos tiempos el debate ha perdido fuelle, cabe señalar que los pasos dados hasta el presente hacia su elaboración han sido más bien modestos y muy erráticos, pues se han concretado apenas en algunos instrumentos de diferente naturaleza y alcance²⁶ que nunca han logrado ser ni siquiera el embrión de un eventual Código²⁷. La que parecía que iba a ser una zancada notable, la Propuesta de Reglamento para una normativa común de compraventa europea, más conocida por sus siglas inglesas (CESL)²⁸, configurada como un instrumento opcional para sus

²² IRTI, N., «Idea del Codice civile», voz *Legislazione e codificazione*, escrita para la *Enciclopedia delle scienze social*; texto incluido en *Codice civile e società politica*, Roma, Laterza, 8.^a ed, 2007, pp. 19-52, espec. pp. 29 ss.)

²³ Subraya las características de estos textos pertenecientes a la codificación post-moderna, que estima bien alejados de los derivados de la codificación decimonómica, ZÉNATI-CASTAING, 2011, pp. 373 ss.

²⁴ BECK, 2008, p. 215.

²⁵ Se discutía, por ejemplo, si ese eventual Código civil europeo desplazaría o no a los Códigos o a los Derechos nacionales, o simplemente se situaría a su lado.

²⁶ Directivas de mínimos, Directivas de máximos, Reglamentos *tout court*, Reglamentos opcionales, Recomendaciones, etcétera.

²⁷ El proceso y sus hitos es explicado de modo sucinto y claro por ARROYO I AMAYUELAS, E., «¿Es el CESL legislación inteligente?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11/2014, pp. 201-228

²⁸ La Propuesta de Reglamento tenía como finalidad superar las trabas al comercio transfronterizo relacionados con el Derecho contractual (Considerando núm. 8). Existe abundante bibliografía sobre este texto; baste citar aquí, la perspectiva general sobre su naturaleza y alcance de ARROYO I AMAYUELAS, E., 2014, pp. 210 ss.; sobre su contenido,

destinatarios, fue primero convenientemente podada y retirada después²⁹, para reaparecer el pasado mes de diciembre, recortada y reformada, en forma de dos Propuestas de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo consideradas ambas como un paquete con objetivos comunes: una sobre determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos digitales³⁰ y otra sobre determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes^{31, 32}.

Pues bien, si ya existían recelos más que fundados respecto a que el CESL pudiera ser considerado algo parecido a un Código³³, no cabe duda de que estas nuevas Propuestas no lo son en absoluto, ni aisladamente consideradas, ni en su relación con otras con las que guardan indudable correspondencia³⁴. Al respecto cabe señalar que en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes se dice literalmente, por comparación con el CESL, que «... se abandonan el enfoque de un régimen opcional y de un conjunto exhaustivo de normas. En lugar de ello, las propuestas contienen un conjunto de normas específicas y plenamente armonizadas»; bastaría este apunte sobre la falta de exhaustividad o carácter incompleto para negar *ad limine* a los nuevos instrumentos la consideración de Código en sentido propio. Ni siquiera puede decirse que pretenda ser la parte de un futuro Código, limitado por el momento a los dos tipos contractuales a los que se refiere, pues las Propuestas citadas no tratan de armonizar todos los aspectos relativos al contrato de compraventa o suministro de contenidos digitales, sino solo los relativos a los principales

vid. GÓMEZ POMAR, F., y GILI SALDAÑA, M., «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *InDret* 1/2012, que analizan algunas las reglas del CESL.

²⁹ Tras sufrir diferentes vicisitudes en el proceso prelegislativo, el 16 de diciembre de 2014, la Comisión anunció su voluntad de modificar o abandonar la Propuesta de CESL [Anexo 2 de la *Comission Work Programme* 2015, COM (2014) 910 final, 16.2.2014, p. 12].

³⁰ Bruselas, 9.1.2.2015, COM (2015) 634, final, (2015/0287 (COD)).

³¹ Bruselas. 9.12.2015, COM (2015) 635 final, 2015/0288 (COD).

³² De la misma fecha es también la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se garantiza la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, COM (2015) 627, final; 2015/0284 (COD).

³³ Por la respuesta negativa, ZIMMERMANN, R., «Codification: the Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law», *Codification in International Perspective*, Springer, 2014, espec., p. 25. En nuestra doctrina, ARROYO I AMAYUELAS, 2014, pp. 210 ss; por su parte de «código europeo sectorial, pero de notable trascendencia», califica al CESL, GÓMEZ POMAR, 2015, p. 116; también lo considera un «*optional code*», COLLINS H., «Why Europe Needs a Civil Code», *European Review of Private Law*, 4, 2013, (pp. 907-922), p. 913.

³⁴ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

derechos de los consumidores, tales como la conformidad del producto, los remedios en caso de no conformidad o las modalidades de ejercicio de los mismos; quedan pues fuera de su ámbito otros temas de gran relevancia, como las cuestiones relativas al consentimiento, las cláusulas abusivas, la validez y los efectos del contrato, o la indemnización de daños y perjuicios.

Conviene advertir además que, según se constata en la misma Exposición de Motivos, la justificación de estos nuevos textos no es ni mucho menos técnica, sino fundamentalmente de índole económica; en concreto, su pretensión es la de contribuir a un crecimiento más rápido de las oportunidades que crea un Mercado Único Digital y ayudar a que los consumidores se sientan más seguros en sus compras en línea en otro país de la UE distinto del propio, razón por la que abordan la regulación de los dos tipos contractuales que tienen más importancia en las transacciones transfronterizas en el mercado europeo. Permítaseme ahora que apunte que su objeto, esto es, las compras a distancia y sobre todo las compras *on line*, constituyen un paradigma de la segunda modernidad y del proceso de licuefacción de nuestra sociedad, una de cuyas manifestaciones más evidente, como nos enseña también Bauman, es la separación absoluta entre las dimensiones de espacio y tiempo³⁵.

Que no se trate de un Código, ni siquiera de una parte de él, no significa que ambas Propuestas de Directiva no sean textos destinados a influir en el proceso de armonización y hasta de unificación del Derecho de la compraventa y suministro en los Estados miembros de la UE, como prueba que se haga una declaración en el sentido de adoptar medidas para evitar que se produzcan diferencias entre las normas relativas a las ventas a distancia y las que se aplican en las ventas presenciales que pudieran ser desincentivadoras de las primeras³⁶. Sin embargo, causa cierta perplejidad que no se hagan coincidir totalmente los contenidos de las nuevas Directivas con los de la Directiva 1999/44/CE, de cuyo ámbito de aplicación se van a excluir los contratos de compraventa a distancia y los de suministro de contenidos digitales, de suerte que la 1999/44 se aplicará únicamente a las compraventas presenciales³⁷; todo ello significa que, de llegar a aprobarse los dos nuevos textos, el régimen europeo de la compraventa quedará claramente fraccionado.

El análisis somero del contenido de las Propuestas permite señalar que se trata de normas de protección de los consumi-

³⁵ BAUMAN, 2004, pp. 118 ss.

³⁶ EM, p. 3

³⁷ Art. 19 Propuesta compraventa, y art. 20 Propuesta de suministro.

dores³⁸ (contratos B2C)³⁹, lo que en cierta medida vuelve a suponer un «paso atrás» en el proceso uniformizador si comparamos las Propuestas con el CESL, el cual además de a los contratos B2C también afectaba a los contratos entre empresarios (contratos B2B); en cambio sí coinciden con el frustrado instrumento opcional en que las nuevas Directivas tampoco afectarán a los celebrados entre dos particulares, lo que no deja de ser sorprendente por la creciente importancia de las operaciones a distancia realizadas entre los simples ciudadanos a través de diversas plataformas digitales, muy en particular en lo que atañe al mercado de bienes de segunda mano.

Por otro lado, a diferencia de lo que sucede por ejemplo con la Directiva 1999/44/CE en materia de compraventa de bienes de consumo, las dos nuevas Propuestas pretenden ser Directivas de armonización plena, de modo que en las materias que contemplan impedirían el mantenimiento o adopción de disposiciones nacionales que establecieran un nivel diferente de protección de los consumidores (art. 3 Directiva compraventa y art. 4 Directiva suministro), siguiendo así la estela de la Directiva 2011/83/UE, por la que se garantizaron una serie de derechos uniformes a los consumidores en el seno de la UE⁴⁰. Se trata además de dos Directivas que armonizan las compraventas a distancia y los suministros de contenidos digitales, tanto en los contratos transfronterizos, como en los estrictamente internos, lo que es también coherente desde el punto de vista económico, pues en este tipo de transacciones nada cuentan las viejas fronteras nacionales.

No se trata en este lugar de profundizar en los nuevos textos destinados a engrosar el acervo comunitario, sobre los que sin duda correrán, como es costumbre, ríos de tinta más o menos virtual. Me limito ahora a constatar que son muestra palpable de que la idea de una codificación en materia contractual a nivel de la Unión, en algún tiempo diseñada o soñada por cierto sector académico y polí-

³⁸ Entendiendo por tales a «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión», conforme al art. 2 b) Propuesta Directiva compraventa; similar al 2.4 Propuesta Directiva suministro.

³⁹ Paso que sigue cohonestando con la idea de BAUMAN, 2004, p. 42, de la modernidad liviana o modernidad líquida; señala el autor en la obra tantas veces citada que la sociedad postmoderna considera a sus miembros primordialmente en calidad de consumidores, no de productores.

⁴⁰ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DO L 304 de 22.11.2011, p. 64.

tico, no pasa por su mejor momento⁴¹. No me cabe duda de que la modernidad líquida también es el presente de la Unión Europea. No en vano, de forma consciente y deliberada, en estos nuevos textos se opta por la técnica de la Directiva en lugar del Reglamento, según se dice con el objetivo de minimizar «la interferencia en las leyes nacionales»⁴². Lo cierto es que en el ámbito de producción normativa esto se traduce en un más que aparente abandono de la senda propiamente codificadora del Derecho civil europeo, más propia de otro tipo de instrumentos como el Reglamento o el Convenio internacional al que se pudieran adherir los Estados miembros a modo de ley uniforme⁴³.

De todo lo que antecede cabe deducir que ese ideal codificador que algunas instituciones europeas contemplaban con interés y hasta con deleite hace unos años⁴⁴, puede considerarse hoy abandonado y sustituido por una técnica normativa puntual, discontinua y fragmentaria⁴⁵, adjetivos que no son exclusivos del Derecho contractual europeo, sino que en general pueden aplicarse a toda la producción normativa de la Unión Europea. Es curioso constatar que para acallar las críticas sobre su incoherencia y falta de seguridad jurídica esta producción normativa se quiera calificar desde hace algún tiempo como «legislación inteligente» (*smart legislation*). Baste mencionar al respecto el reciente documento de 16 de diciembre de 2015, con mero alcance informativo pero de indudable interés, rubricado «*Provisional text of the proposed interinstitutional agreement on better regulation*»; entre los comunes compromisos y objetivos, en el n.º 1 b) del texto citado «*The European Parliament, the Council and the Commission agree that Union law should: – be comprehensible and clear; – allow parties to easily understand their rights and obligations; – include appropriate reporting, monitoring and evaluation requirements; – avoid overregulation and administrative burdens; and – be practical to implement*». Con todos los matices que se quieran, la reminiscen-

⁴¹ Baste contrastar las muy distintas impresiones que yo misma tenía sobre el tema hace apenas una década, en GARCÍA RUBIO, M. P., «Hacia un Derecho europeo de contratos», en *Estudios de Derecho mercantil europeo*, PÉREZ CARRILO, E. (Coord.), Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, pp. 83-103; aunque ya entonces la posible elaboración de un Código civil europeo dejaba muchas cuestiones abiertas (2005, p. 100 ss).

⁴² EM, p. 9.

⁴³ Como señalé en GARCÍA RUBIO, M. P., 2005, p. 100.

⁴⁴ El proceso, en apretada síntesis es expuesto por ZIMMERMAN, 2014, pp. 25 ss.

⁴⁵ Usando la metáfora de Michel Maffesoli, que también utiliza Bauman, se trata de una técnica «puntillista», esto es, más prominente por su inconsistencia y su falta de cohesión que por sus elementos cohesivos y de continuidad (BAUMAN, Z., *Vida de consumo*, Fondo de Cultura Económica, 2.ª reimpresión de la 1.ª edición en español, 2014, p. 52).

cia de la época de la codificación decimonónica y de ciertos objetivos técnicos del ideal codificador son, a mi juicio, evidentes.

III. LOS CÓDIGOS ESTATALES DE LOS ÚLTIMOS AÑOS

Aparentemente algo distinto a lo que acabamos de describir sucede en el marco de Derecho privado de los Estados nacionales, referencia clásica de la idea moderna de código y a los que brevemente me referiré a continuación.

En este ámbito se puede decir que a pesar de las críticas vertidas sobre la obsolescencia de la codificación y los argumentos en favor de su superación, no cabe derivar que la figura del «Código» está defenestrada; más bien al contrario parecería que estamos viviendo una segunda edad dorada de la codificación, hasta el punto de poder hablar, parafraseando a un clásico, «*de la vocación de nuestro tiempo para la ... recodificación*» o, en palabras de un autor alemán bien conocido entre nosotros, puede decirse que en los últimos años se ha producido «*el tránsito de la Descodificación a la Recodificación*»⁴⁶. Incluso en países anglosajones, tradicionalmente refractarios a la idea codificadora, se procede a algo parecido a una codificación de ciertas partes de su Derecho patrimonial (*Restatements* o *Codes* americanos e ingleses, como la reciente *Consumer Rights Act* en el Reino Unido), si bien no faltan autores que niegan a estos textos tal naturaleza⁴⁷.

Pero, sobre todo, el impulso codificador parece muy fuerte en los países de tradición continental donde el movimiento nació y tuvo sus más destacados hitos. Los ejemplos son numerosos y están en la mente de todos. En menos de tres décadas se han publicado

⁴⁶ SCHULTZE, R., «Perspectiva comparada de la codificación en Europa», *Codificaciones y Derecho privado en el siglo XXI*, E. Roca Trias (Dir.), M.ª C. Cazorla (Coord.), Madrid, 2015, p. 168. No obstante, resulta oportuno apuntar que tras los términos «descodificación» y «recodificación», tan exitosamente creados por N. Irti, se hace alusión a ideas que van más allá de la proliferación de leyes especiales o de la vuelta al texto codificado; se trata, como la propia categoría de codificación, de no solo de categorías lógicas, sino también de categorías históricas, y por tanto mutables que además son de tiempo en tiempo excluyentemente dominantes. La una presupone que el peso del sistema jurídico es asumido por una fuente más alta (por ejemplo, una constitución normativa y rígida); la otra que el código toma sobre sí la garantía de la continuidad del ordenamiento y salvaguarda, a la vez, la estabilidad de las relaciones sociales, como señala el propio IRTI, N, «I cinquant' anni del Codice civile», *Codice civile e società politica*, Roma, Laterza, 8.ª ed., 2007, pp. 55-69, espec. p. 69).

⁴⁷ Así, por ejemplo, GRAY, W., «Codification, Decodification and Recodification. History, Politics and Procedure», *Codification in International Perspective*, Springer, 2014, pp. 30-10, espec. pp. 3 y 4, en relación con el *Uniform Commercial Code* americano, al que califica como de mera ley modelo donde se recoge un conjunto de reglas que son adoptadas por cada Estado y que están sometidas a la interpretación de cada tribunal estatal.

en la materia de obligaciones y contratos, el Código civil holandés (1992)⁴⁸, el de Quebec (1994), la ley de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del BGB (2002). Por su parte, como consecuencia lógica de su tránsito a un sistema económico basado en la economía de mercado, son especialmente significativos los nuevos Códigos civiles de los países de la antigua órbita soviética (Hungría o el de la República Checa, por citar algunos de los más recientes). También debe hacerse mención a los nuevos códigos de países sudamericanos, como el de Brasil (2002), o el flamante Código civil y comercial de Argentina (2014)⁴⁹. El último y significativo paso se está dando en Francia, que tras varios intentos de reformar el libro III del *Code*, aprobó a finales del 2013 en la Asamblea Nacional la autorización al Gobierno de un *Projet de Ordonnance* sobre Obligaciones y Contrato, la cual acaba de ser publicada⁵⁰ y está en el momento en que esto se escribe pendiente de ratificación parlamentaria, teniendo prevista su entrada en vigor para el próximo otoño; me detendré en breve con algún detalle en el caso francés por su actualidad.

Haciendo mención al conjunto de textos aludidos, es verdad que no se trata de códigos del todo equivalentes a los códigos civiles de la etapa dorada de la codificación. Tampoco son modelos de códigos idénticos entre sí: algunos son modernizaciones y puestas al día de los viejos moldes donde se recogen ahora las normas asentadas por la práctica jurisprudencial consolidada (así, muy claramente, el caso del BGB); otros son el resultado del establecimiento de orden político nuevo, que pretende arrumbar el precedente (como sucede en países del Este); otros son la consecuencia de una reelaboración o orden doctrinal, sistemático y práctico (por ejemplo, el argentino).

Muchos de ellos son también nuevos en la forma: el mejor ejemplo es el modelo de código abierto del holandés de 1992, que con una fórmula de numeración de sus artículos dependiente de su ubicación, permite acoger constantes reformas legislativas sin que se resienta su estructura. Se trata de una innovación que ha calado en otros lugares, entre los que se encuentra Cataluña, como vamos

⁴⁸ Que tiene la estructura, a la que luego haré mención, de código abierto.

⁴⁹ OLIVA BLÁZQUEZ, F., «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre, 2014), pp. 37-66.

⁵⁰ Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *Journal Officiel de la République Française*, 11 février 2016. En la misma sede y fecha se publicó también el Rapport du Ministère de la Justice au Président de la République relatif à l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

a ver a continuación. Es indudable que este modelo, sin dejar de presentar la solidez de un código, es mucho menos pesado y más flexible que el modelo de código cerrado tradicional y parece preparado para el cambio y, por ello, para ser en alguna medida permeable a las exigencias de flexibilidad e instantaneidad de la modernidad líquida.

Como he dicho, en fechas recientes el *Journal Officiel* de la República francesa ha publicado la Ordenanza que produce una amplia reforma del *Code* francés en la materia relativa al Derecho de contratos y al régimen general y de la prueba del Derecho de obligaciones⁵¹, quebrando la quietud de un código que supera con creces los doscientos años y que ha sido, con probabilidad rayana en la certeza, el más influyente de la era moderna. Tratándose el nuevo de un texto del siglo XXI, la citada Ordenanza no puede evitar las influencias globalizadoras propias de los tiempos actuales; tanto los precedentes como el propio proceso de elaboración y el vehículo utilizado son claras señales de ello⁵². Tales huellas también se aprecian en su contenido, sobre todo porque las preocupaciones subyacentes son las propias de la época de la economía globalizada y la sociedad de consumo (la libertad —o ausencia de libertad— contractual, la buena fe, el proceso de formación del contrato y los deberes de información propios de esta fase, los contratos electrónicos, la consideración del abuso de la situación de dependencia como vicio del consentimiento, los contratos de adhesión, etc.). Sin embargo, puede decirse que es un texto clásico en su estructura —no es un código abierto, al modo holandés—, que deja patente la tradicional preocupación cartesiana por la coherencia sistemática, como demuestra, por ejemplo, que se dedique el Título II a establecer las disposiciones de coordinación con el resto de los preceptos del *Code* civil y de otros Códigos sectoriales. Por lo demás, es fácilmente constatable que el tratamiento de las materias sigue siendo, en buena medida, «profundamente francés» o si se prefiere «profundamente napoleónico». Muestra la preocupa-

⁵¹ En realidad, el contenido de la reforma es más amplio que lo que se deriva de su título, pues se incluyen temas como el enriquecimiento sin causa, que ahora para a ser objeto de formulación legal. Aunque la Ordenanza reproduce in extenso los preceptos del *Code* relativos a la responsabilidad extracontractual, incluida la responsabilidad por productos defectuosos, lo hace solo por razones sistemáticas, pues el mismo *rapport* ministerial anuncia la elaboración futura de un texto que modifique la responsabilidad contractual y extracontractual.

⁵² Sobre el largo proceso de la reforma en Francia, BOUCARD, H., « La réforme du Droit des Obligations en France ». 5^e *Journées Franco-Allemandes*, bajo la dirección de R. Schulze/G Wicker/ G Mäsch/D. Mazeaud, Société de Législation Comparée, 2015, pp. 27-3. La reforma es explicada por TERRÉ, F., «À partir d'une relation liée, indestructible, entre le passé, le présent, et le futur», *La Semaine Juridique*, Ed. G., Suplemento al n.º 21, 25.5.2015, p. 5.

ción por la necesidad de simplificar, hacer más comprensible y más accesible el Derecho de contratos y obligaciones y garantizar la seguridad jurídica⁵³, y lo hace de un modo mucho más claro que el derivado de la situación inmediatamente precedente en Francia, en la que el texto codificado había sido superado por una volátil y cambiante jurisprudencia. Quiero poner de relieve, no obstante, cómo la necesidad de modernización de esta parte del código napoleónico es justificada no tanto, o al menos no sólo, por razones de estricta técnica jurídica, sino también por motivaciones políticas y económicas⁵⁴, lo que también ha de ser considerado un signo de nuestro tiempo en el que el Derecho ya no se justifica como un orden autónomo, sino que está totalmente supeditado a esas otras múltiples razones. Como ejemplo paradigmático resalto que el *rapport* ministerial que acompaña el nuevo texto explica el abandono del tradicional requisito de la «causa» como uno de los elementos esenciales del contrato; pues bien, lo hace con el objetivo confesado de hacer más atractivo el Derecho de contratos francés en el tablero político, cultural y económico en el que quiere entrar en juego. De modo similar, la admisión de la facultad de resolución unilateral por vía de notificación, la excepción de inejecución, o la facultad de aceptar una prestación no conforme con una rebaja del precio, son explicadas en términos de eficiencia económica y por la necesidad de adaptarse a las exigencias de una economía mundiali-

⁵³ Rapport Ministère de la Justice: «*La sécurité juridique est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance, qui vise tout d'abord à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, du régime des obligations, et de la preuve. En effet, en la matière, le code civil, quasiment inchangé depuis 1804, ne reflète plus, dans sa lettre, l'état du droit.*»

⁵⁴ Rapport Ministère de la Justice: «*Par ailleurs, dans une économie mondialisée où les droits eux-mêmes sont mis en concurrence, l'absence d'évolution du droit des contrats et des obligations pénalisait la France sur la scène internationale.*

Tout d'abord, des pays qui s'étaient autrefois grandement inspirés du code Napoléon ont réformé leur propre code civil, en s'affranchissant du modèle français, trop ancien pour demeurer source d'inspiration, comme le Portugal, les Pays-Bas, le Québec, l'Allemagne ou l'Espagne, et il est apparu à cette occasion que le rayonnement du code civil français passait par sa rénovation.

Mais en dehors même de cette dimension politique, l'enjeu au niveau international d'une telle réforme du droit français est économique: les rapports « Doing business » publiés par la Banque mondiale, mettant régulièrement en valeur les systèmes juridiques de Common law, ont notamment contribué à développer l'image d'un droit français complexe, imprévisible, et peu attractif. Dans ce contexte, se doter d'un droit écrit des contrats plus lisible et prévisible, en s'attachant à adopter une rédaction dans un style simple ainsi qu'une présentation plus claire et didactique, constitue un facteur susceptible d'attirer les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leur contrat au droit français.»

En otro pasaje, el mismo *rapport* ministerial añade: «*Par ailleurs, la jurisprudence est par essence fluctuante, et ne permet pas d'assurer la sécurité juridique que seul peut offrir un droit écrit. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance prévoit, pour sa majeure partie, une codification à droit constant de la jurisprudence, reprenant des solutions bien ancrées dans le paysage juridique français bien que non écrites. Il restitue ainsi au droit commun des contrats, sans bouleversement, la caractéristique essentielle des systèmes de droit continental.*»

zada y en continua evolución; se trata, en definitiva, de poner el Derecho de contratos francés en el mercado de ordenamientos que reclama la globalización.

A pesar del notorio interés de la Ordenanza francesa y de su rabiosa actualidad, no se justifica que me detenga más en este lugar en su análisis pormenorizado. La coherencia del discurso hace necesario que vuelva al proceso general de recodificación presente en varios países de nuestro entorno, con el objetivo de hacer una valoración más o menos conjunta y general. A este respecto cumple decir que la diversidad y complejidad que presentan estos nuevos códigos civiles, tanto en sus fines como en su forma y su contenido, no han impedido a parte de la doctrina contemporánea sacar algunas conclusiones generales. Así, Schulze ha destacado en concreto dos: por una parte la vitalidad de la codificación, cuando menos como elemento característico de la técnica legislativa; por otra, la común inspiración de estos nuevos códigos sobre obligaciones y contratos en la ya citada Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías⁵⁵, lo que el autor relaciona con la influencia general que sobre esos nuevos códigos proyecta el Derecho privado europeo.

De las citadas conclusiones destaco ahora la primera, porque el mismo autor afirma esa vitalidad de la idea codificadora con un importante matiz que nos vuelve a situar en la línea de la modernidad líquida, reiteradamente aludida en este trabajo. Schulze reconoce que la dimensión temporal ha variado con relación a la época dorada de la codificación, en la que bajo el influjo de la Escuela de Derecho Natural el ideal había sido la permanencia, casi la eternidad del código, mientras que en el tiempo de la «revolución digital» se tiene en cuenta, mucho más que antes, «la versatilidad del Derecho privado»; añade a continuación que debido a esos cambios, una codificación puede perder su antigua importancia para la praxis jurídica a favor de la legislación particular y el Derecho de raíz jurisprudencial; reconoce sin embargo que esta «descodificación» puede ir seguida de una «recodificación» siempre que el legislador reaccione a los retos actuales; pero, me atrevo por mi parte a considerar, también sería una «recodificación líquida» y, como tal, sometida a continuas tensiones, derogaciones y renovaciones.

Respecto a la segunda conclusión, que alude a la uniformidad de soluciones, por la común influencia en todos los códigos modernos del Derecho privado europeo (influencia que a mi juicio es totalmente bidireccional), no cabe duda de que se produce como otro resultado más del impacto del proceso de globalización en el

⁵⁵ SCHULZE, 2015, pp. 170 y 171.

ámbito jurídico. Como señala Laporta, la competencia entre ordenamientos para ser lo más atractivos posibles ante el acto global que los necesita y reclama, pero que también puede elegir entre ellos, ocasiona paradójicamente una convergencia entre todos, que puede ser el primer paso hacia una uniformidad de contenidos, pero que presenta la cara oscura de que tal convergencia está determinada por los intereses dominantes en ese mercado global de ordenamientos⁵⁶.

IV. EL ENCAJE DEL DERECHO CONTRACTUAL DE CONSUMO EN LOS DISTINTOS MODELOS CODIFICADOS

Como se deriva de lo expuesto, los modelos de Códigos descritos en las líneas antecedentes difieren notablemente en el tratamiento de las normas de protección a los consumidores, resultantes de un movimiento político-jurídico muy posterior a la codificación decimonónica y, en buena medida, radicalmente opuesta a esta; baste recordar que la igualdad formal y la libertad contractual *tout court* propia de los códigos clásicos se opone por principio a la idea de protección de la parte contractualmente vulnerable y a la aspiración de justicia social a través del contrato, que caracteriza al llamado Derecho del consumo. En este sentido, como señala la profesora M.^a Rosa Llácer «es del todo razonable plantear si el derecho contractual de consumo debe incorporarse total o parcialmente en los Códigos civiles o si, por el contrario, es preferible que permanezca regulada como materia especial, ya sea en leyes dispersas, ya sea en códigos del sector»⁵⁷. Es efecto, es un tema que desde hace ya tiempo preocupa a la doctrina comparada más conspícua⁵⁸.

A juzgar por la diversidad de soluciones que nos han dado los legisladores estatales, la razonable cuestión admite variadas y puede que hasta igualmente razonables respuestas⁵⁹.

⁵⁶ LAPORTA, 2007, p. 251.

⁵⁷ LLÁCER MATAACÁS, M.^a R. (Coord.), *La Codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid, Dykinson, 2015.

⁵⁸ Por todos, ZIMMERMAN, 2014, pp. 22 ss.

⁵⁹ El tema de la codificación del Derecho de consumo en sus distintos modelos comparados es analizado exhaustivamente por CÁMARA LAPUENTE, S., en «La codificación del Derecho de consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)», en *La Codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 91-135. También realiza un buen estudio comparado, PAISANT G, *Défense et illustration du Droit de la consommation*, París, Lexis-Nexis, 2015, espec. pp. 135 ss.

Así Francia, Italia o Austria nos suministran el modelo de Código de consumo separado del Código civil general⁶⁰, aunque se trata más bien de códigos-consolidación o códigos de derecho constante, términos a los que más adelante haré referencia con un poco más de sosiego, si bien conviene ya advertir que suponen algo distinto de la idea de código fuerte que se predica, por ejemplo, de un Código civil o de uno limitado al Derecho de obligaciones y contratos. Por su carácter novedoso hago expresa mención de la Ordenanza por la que se publica el nuevo Código de consumo francés que viene a sustituir al de 1993⁶¹; se trata de un nuevo texto en el que una vez más se pone en evidencia la preocupación del legislador galo por la coherencia con los otros textos codificados, a fin de que quede correctamente definido lo que el *rapport* explicativo llama «perímetro del Código», a cuyo trazo esta Ordenanza dedica buena parte de su articulado, situando lo que es propiamente la parte legislativa del Código de Consumo en el texto Anexo. No puedo dejar de recordar que, aunque sea sin el envés del Código civil, el Reino Unido ha publicado en 2015 la ya citada *Consumer Rights Act*, considerada por algunos como una «codificación del derecho de consumo británico»⁶², que dedica dos de sus tres partes principales a la materia contractual y que viene a ubicarse en paralelo con las normas generales de contratos, por lo que no es arbitrario situar al Reino Unido en este mismo grupo de países. Pues bien, entre otros problemas, en los sistemas dualistas se ha planteado la posible situación «concurrential» entre las normas del Código de consumo y las generales del Código civil –o las contractuales generales donde quiera que estas se encuentren– en aquellas situaciones en las que una misma cuestión es a la vez regida por uno y por otro y donde no siempre dicha concurrencia está jurídicamente organizada⁶³.

En otros casos, sin embargo, el derecho contractual de consumo se integra, con mayor o menor intensidad, bien en el cuerpo del Código civil, como es el conocido caso del BGB o el todavía más reciente de la República checa (2012), o bien en un código unifica-

⁶⁰ Modelo dualista o de «cohabitación» en término usado por PAISANT, G., «La transposition, en France, de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation», en *Garantías en la venta de bienes de consumo. Les garanties dans la vente de biens de consommation*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 227-246, espec. 237.

⁶¹ Cf. la Ordonnance n.º 2016-301, de 14 de marzo de 2016, relativa a la parte legislativa del Código de consumo francés, y su *rapport* explicativo, ambos publicados en *JORF* de 16.03.2016.

⁶² CÁMARA LAPUENTE, 2015, p. 120.

⁶³ PAISANT, 2015, p. 131, poniendo algunos ejemplos específicos del Derecho francés. Por su parte, en los textos del *Consumer Rights Act* británicos se incluye el «impact of existing legislation» que puede consultarse en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/notes/division/2/5>.

do, opción que han tomado, entre otros, Holanda o de Argentina. Esta toma de postura por la «absorción» o «integración» de las normas de consumo en los Códigos generales ha sido considerada intelectualmente más coherente, tanto en lo referente a los conceptos, como en los objetivos y valores que el sistema jurídico trataría de alcanzar mediante la generalización de las reglas nacidas en el ámbito de las relaciones con los consumidores⁶⁴. No se trata, con todo, de una solución exenta de problemas prácticos, como pone de relieve la experiencia alemana posterior a la ley de modernización en vigor desde 2002 la cual, como ya se ha dicho, optó por la solución más ambiciosa incorporando la mayor parte de las normas de protección de los consumidores al BGB, lo que en cierta medida ha hecho de este un texto mucho más vulnerable⁶⁵.

Veremos más adelante que también en esta cuestión tanto el ordenamiento estatal español como el catalán presentan algunas notas de originalidad. Antes de entrar en ellas conviene describir, siquiera de modo somero, cuál es la en este momento la situación de la codificación del Derecho de obligaciones y contratos en España sobre la cual haré también alguna reflexión adicional.

V. LA SITUACIÓN CODIFICADORA EN ESPAÑA

1. EL RECIENTE PASADO

El proceso de codificación o recodificación del Derecho español en materia de obligaciones y contratos cuenta en los últimos años con tres hitos fundamentales sobre los que es precisa alguna anotación: dos estatales y otro de ámbito autonómico, en concreto

⁶⁴ ZIMMERMANN, 2014, p. 23.

⁶⁵ La inicial mayoría doctrinal que apoyó esta solución, puesta de relieve en nuestra doctrina entre otros por CÁMARA LAPUENTE, 2015, p. 112, comienza a tambalearse como consecuencia, básicamente, de la influencia de la jurisprudencia dimanante del TJUE, dictada en materia de protección de los consumidores y destinada a repercutir con variantes diversas en el BGB, lo que obliga a dudas frecuentes y a su constante revisión jurisprudencial; paradigmática es la decisión del BGH Urt. V. 17.10.2012, «Kein Ersatz der Aus- und Einbaukosten bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern», *NJW* 2013, pp. 220-223, en la que el alto tribunal alemán se pronuncia en el sentido de que la interpretación conforme a la Directiva comunitaria 99/44 del § 439 Abs. 1 BGB, derivada de la sentencia TJUE se ha de limitar a las compraventas de consumo del § 474 BGB, y no debe extenderse a la compraventa entre empresarios o entre consumidores. La jurisprudencia del TJUE aludida es la dimanante de la sentencia de 16.06.2011, Asuntos acumulados C-65/09 (Gebrüder Weber GmbH y Jürgen Wittmer) y C-87/09 (Ingrid Putz y Medianess Electronics GmbH), cuya problemática puede consultarse en GARCÍA RUBIO, M. P., «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz)». *ADC*, 2013-1, pp. 323-337.

catalán; a los tres dedicaré cierta atención de seguido, no sin antes advertir que el lector encontrará mayor detalle sobre los puntos aquí apenas pergeñados y las razones que me llevan a adoptar las principales posiciones que mantengo en otros trabajos que ya han sido publicado en distintos lugares⁶⁶.

Como he dicho los textos de referencia son tres: (1) la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante PMCC), elaborada por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación y publicada en 2009⁶⁷, que fue concebida con la pretensión de constituir el Derecho general de obligaciones y contratos español y además conformar las bases de las obligaciones contractuales a los efectos del artículo 149.1.8.^a⁶⁸; (2) la Propuesta Código Mercantil, elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, presentado como Anteproyecto de ley en mayo de 2014⁶⁹ (APCM), texto elaborado con el propósito confesado de acabar con las veleidades de algunas Comunidades Autónomas y asegurar la «unidad de mercado», presuntamente amenazada, a través del expeditivo expediente de transformar en mercantil prácticamente toda la materia contractual; (3) finalmente en tercer lugar, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, el Proyecto de ley Libro VI del CCCat relativo a las obligaciones y contratos, sometido a información pública en julio de 2014, y publicado en el *BOPC* en febrero 2015⁷⁰; iniciada la nueva legislatura, ha sido publicado de nuevo en el *BOPC* de 3 de marzo de 2016⁷¹; conviene advertir que de momento, a diferencia de lo que puede parecer por su rúbrica, este último texto consti-

⁶⁶ GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, vol. 1 (2014), (<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/46>); «La mercantilización del Derecho civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de Obligaciones y Contratos», *BOMJ*, Año LXIX, núm. 2178, mayo 2015, pp. 5-30; «Hacia un nuevo Código de Obligaciones y Contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación», en *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, E. Roca Trías (Dir.), M.^a del Carmen Cazorla González-Serrano (Coord.), Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 61-113 (en adelante citado como 2015 bis).

⁶⁷ Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas>.

⁶⁸ Art. octavo de la PMCC, rubricado «Aplicación general de la reforma legal propuesta», a cuyo tenor «La presente ley se dicta en el ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, por lo que será de aplicación general».

⁶⁹ Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas>.

⁷⁰ *Bulletí Oficial del Parlament de Catalunya*, X Legislatura, n.º 505, 25.02.2015; sobre el anteproyecto, *El Llibre sise del Code civil de Catalunya: Anàlisi del Projecte de Llei, Materials des les Divuitenes Jornades de Dret català a Tossa*, Girona, 2015.

⁷¹ *Bulletí Oficial del Parlament de Catalunya*, XI Legislatura, n.º 72, 03.03.2016.

tuye solo un primer paso en el proceso de elaboración diacrónico del mencionado libro VI⁷².

Ya he tenido ocasión de manifestar en otro lugar que de la simple enumeración realizada se puede deducir que la situación española no tiene parangón en el concierto comparado; los tres cuerpos legales mencionados, con los que se pretende construir el moderno Derecho de contratos español han sido elaborados por órganos distintos y sin ninguna coordinación entre ellos: respectivamente, por las Secciones Primera y Segunda de la Comisión General de Codificación y por los órganos técnicos de la Generalitat de Cataluña encargados de desarrollar el Derecho civil catalán. Con estos mimbres, el limen español de entrada en el Derecho de contratos de la segunda modernidad no parece, a primera vista, el más coherente y seguro.

Tampoco desde el punto de vista formal son textos del todo similares, aunque existen algunos puntos de contacto entre ellos. Aparentemente, desde esta perspectiva formal son más parecidos entre sí la Propuesta de nuevo Código Mercantil y el Proyecto catalán; para empezar porque ambos se formulan como códigos abiertos al modo holandés, lo que como antes dije, semeja más adaptado a estos tiempos líquidos que el tradicional modelo cerrado que sigue siendo el utilizado por la Propuesta de Modernización del libro IV del Código civil⁷³. Además, tanto el mercantil como el catalán constituyen una obra que pretende ser tendencialmente completa en relación con ámbito que acotan (con matices en el caso del Código Mercantil), integradora de toda la materia, o mejor sería decir, la parte más característica de esa materia, mientras que, por el contrario, la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos del CC español se limitó a la parte general

⁷² Señala la Exposición de Motivos del Proyecto, que «L'objecte d'aquesta llei és establir l'estructura del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, aprovar-ne la regulació del contracte de compravenda i de permuta, la modificació i la incorporació de contractes regulats en lleis especials i substituir la Compilació del Dret civil de Catalunya, d'acord amb la previsió que es fa a l'article 3 f) de la Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del codi civil de Catalunya». A continuación la propia Exposición de Motivos explica la que se sigue el modelo de código abierto de formación sucesiva y que se ha optado por una estructura mínima que puede ser necesario completar más adelante. De momento el libro VI se estructura en tres títulos, el primero relativo a las disposiciones generales se reserva para la regulación de las partes generales de la obligación y del contrato, teniendo en cuenta los principios que informan la contratación con consumidores. El título segundo se dedica a las fuentes contractuales y ha de contener los diferentes tipos contractuales y el título tercero se refiere a las fuentes no contractuales de la obligación.

⁷³ CARRASCO PERERA, A., refiriéndose en concreto al CCCat, estima que al tratarse de un Código abierto por definición está llamado a no estar nunca concluido («La codificación civil catalana. Competencia y optimización», en *La Codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Florensa, C. E. (Dir.), Fontanelles, J. M. (Coord). Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011, pp. 29-44, espec. p. 30.

y a unos cuantos artículos relativos al contrato de compraventa. Sin embargo, es importante reseñar que mientras el Código Mercantil se mostró globalmente como un todo, el Libro VI del CCCat sigue el procedimiento de elaboración del propio CCCat⁷⁴, de suerte que en puridad el carácter íntegro o completo es un *desideratum* que será logrado de modo progresivo y por etapas⁷⁵, lo que no deja de ser también una estación más en el camino de la modernidad líquida, en la que cuenta más el flujo del tiempo, que el espacio destinado a ser ocupado por la nueva obra⁷⁶.

En lo que respecta a sus respectivos contenidos, los tres textos indicados presentan tanto notables diferencias, como algunas concomitancias. De las primeras hay de destacar, sobre todo, su diferente ámbito normativo: la parte general relativa a las obligaciones y contratos, más algunas normas sobre la compraventa, en la PMCC; una parte sustancial, aunque no todo, de lo que se conoce como Derecho mercantil y, por añadidura, una pléyade de normas de obligaciones y contratos que nunca han sido considerados como pertenecientes al Derecho mercantil en el PCM; a su vez, de forma provisional y con el horizonte de ir completándose en el futuro, el mencionado en el Proyecto de Libro VI del CCCat apenas incluye una nueva normativa sobre el contrato de compraventa, acompañada de la «recodificación» de ciertas leyes especiales sobre algunos contratos que estaban ya regulados en el ordenamiento catalán.

Entre las concomitancias, no se puede desconocer la inspiración que los tres reciben de algunos de los textos internacionales y comparados a los que antes hemos hecho mención, inspiración que, como ya se indicó, afecta a todos los códigos estatales modernos en la materia; sin sombra de duda, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y sus derivados europeos e internacionales han iluminado también a nuestros prelegisladores a la hora de formular buena parte de las normas incluidas en los textos referidos. Sin embargo, no es menos cierto que en muchos casos los tres Proyectos se han elaborado tomando opciones opuestas en temas claves de política jurídica (como la distribución competencial territorial y material, por citar los dos más rele-

⁷⁴ Diseñado en la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código civil de Cataluña. En realidad, uno de los principales objetivos de este Proyecto de Libro IV, como ya he anticipado, es «establecer la estructura del libro sexto» y aprobar algunos, que no todos, de sus contenidos.

⁷⁵ Reconocía MARTÍN CASALS, M, «El llibre VI del Codi civil de Catalunya», en en *La Codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Florensa, C. E (Dir.), Fontanelles, J. M. (Coord). Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011, pp. 491-509, espec. p. 491, que ciertamente esta metodología puede comportar desajustes, pero es la única que permitía tener un Código civil desde el primer día, sin tener que esperar la aprobación de todos sus libros.

⁷⁶ BAUMAN, 2004, p. 8.

vantes), o en determinadas cuestiones concretas (inclusión o no de los deberes precontractuales de información, entre otros); sin embargo, en ocasiones parecen repetir, no sin matices, algunas opciones técnicas (por ejemplo, en materia de conformidad en la compraventa, precisamente por la común inspiración antes indicada), mientras que en otras toman caminos radicalmente encontrados sin ninguna justificación como sucede, por ejemplo, en ciertos puntos relativos a los servicios o la cláusula *rebus*.

Vuelvo aquí a plantear la cuestión antes aludida referente al encaje del Derecho contractual de consumo en los textos descritos, punto en el que cada uno de los tres cuerpos legales hace su propia apuesta. La Propuesta de Modernización del Código civil optó en su momento por la solución parcialmente integradora, siguiendo en alguna medida el modelo reformista adoptado por el BGB en 2002⁷⁷: se respeta la existencia de una ley especial de protección de consumidores más o menos completa (en nuestro caso, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), pero se integrarían dentro del Código civil algunos de los principios y reglas que la inspiran y que son susceptibles de generalización tanto a las relaciones intersubjetivas B2C como a las C2B, o incluso a las B2B en aquello que no sea específico de estas, ámbito que sería el reservado para las normas especiales propias de Derecho mercantil⁷⁸.

⁷⁷ No lo estima así, CÁMARA LAPUENTE, 2015, p. 99, quien considera que la PMCC optó por una solución de integración solo parcial y puntual, a diferencia del BGB que apostó por una integración total.

⁷⁸ El tema es tratado con un cierto pormenor en el punto IX de la Exposición de Motivos de la PMCC de 2009 cuando dice «Singulares dificultades ha producido, en la concepción y redacción del presente borrador de anteproyecto de ley, la relación del moderno Derecho de obligaciones y contratos con las incesantes normas aparecidas en los últimos veinte o veinticinco años en la materia que hoy se conoce como Derecho de Consumo y, en particular, con el régimen jurídico de los contratos con consumidores. No puede desconocerse que estas regulaciones modernas significan un cambio en los puntos de vista de valoración de determinadas circunstancias que alteran en profundidad el Derecho tradicional. Ante ello puede el legislador adoptar dos posibles posturas. De acuerdo con la primera, todas las normas relativas al Derecho de Consumo, cualquiera que sea su procedencia, y cualquiera que fuera su trascendencia, como pertenecientes a un Derecho especial, deben subsistir en leyes especiales y el Código civil todo lo más que puede hacer es realizar una somera remisión a tales normas, del tipo de las que los codificadores de 1889 realizaron a tantas leyes especiales. No puede ocultarse que este tipo de solución sería preferida por los especialistas en la materia que profesan lo que algún autor llamó la “especialización científica” y considerada como una intrusión en un cuerpo de leyes, por mas que estos últimos tengan vocación de universalidad y penetren en la materia que desean monopolizar. La segunda posibilidad es recoger por lo menos el núcleo sustancial de la mayor parte de las reglas especiales, que tienen su origen en directivas europeas y que han sido luego incorporadas a leyes españolas, realizando la remisión sólo a aquellos puntos en que el casuismo de las normas pueda resultar mayor. En este punto, como en otros, el anteproyecto se alinea con la ley alemana de modernización del Derecho de obligaciones y como ella ha preferido recoger el conjunto de normas sustanciales reguladoras de la susodicha materia».

Sin embargo, la presentación en su día de la Propuesta de Código Mercantil y el posterior Anteproyecto supuso un giro de ciento ochenta grados en este planteamiento, al convertir como por encanto las relaciones entre empresarios y consumidores (B2C) en materia mercantil. De esta suerte, aun manteniendo la singularidad del TRLGDCU, el propio Código Mercantil pensado en clave de relaciones B2B (mejor dicho, OP2OP, entiendo por OP «operador de mercado») se autoproclamaba supletorio de aquella (art. 001-5 APCM)⁷⁹, dejando reducida la materia civil a las mucho menos relevantes relaciones entre dos sujetos privados sin atributos, que en ningún caso serían operadores del mercado. La franca contradicción intrínseca de este planteamiento⁸⁰, que hemos denunciado muchos autores en varias sedes, queda solo aquí apuntada. No voy a detenerme en las numerosas fallas de este punto de vista adoptado por el APCM que, además de carecer de referentes entre los modelos comparados, a día de hoy contradice el propio TRLGDCU, cuyo artículo 59.2.1 TRLCU⁸¹ remite, según la mejor doctrina, al Derecho general civil y no al especial mercantil⁸².

Pero también en este tema concreto la experiencia catalana tiene su propio recorrido. M.^a Rosa Llácer pone de relieve cómo el planteamiento del legislador catalán resulta a la postre totalmente incompatible con el autor del Anteproyecto de Código Mercantil⁸³, pues el primero en ningún momento ha dudado de la «civilidad» de las reglas contractuales de consumo, que ella también reivindica⁸⁴;

⁷⁹ En la Exposición de Motivos del ACM (I-34) se dice exactamente: «Importa destacar que se ha tomado como criterio general el de no incorporar a este Código mercantil las normas de protección de los consumidores, que se consideran vigentes y respetando su imperatividad, 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 ajenas a la regulación del Código mercantil».

⁸⁰ Único en el entorno jurídico más o menos próximo, con la única excepción, que yo conozca, de la ley colombiana de 2011, Ley n.º 1480 Estatuto del Consumidor, que remite al Código de Comercio como supletorio, sin excluir el Código civil al que alude como Derecho supletorio de segundo grado (art. 4.º, párrafo 4).

⁸¹ Según el cual «*Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos*», texto modificado por el apartado 2 por el art. único.10 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, sustituyendo al que decía «*Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles*».

⁸² «La codificación del Derecho contractual de consumo como especialidad civil», en LLÁCER MATA CÁS, M.^a R (Coord.), *La Codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 49-89, espec. pp. 59 y 60.

⁸³ LLÁCER MATA CÁS, 2015, p. 51.

⁸⁴ LLÁCER MATA CÁS, 2015, p. 53, «El derecho civil no se restringe a las relaciones económicas entre particulares (como si fueran ajenas al mercado) sino que regula todo el

destaca cómo la Ley 22/2010 de 20 de julio, del Código de consumo de Catalunya es una ley transversal, como lo es el propio Derecho de consumo, que contiene multitud de principios y disposiciones de naturaleza civil. Esta naturaleza es argumentada por la autora desde distintas perspectivas, tanto subjetivas como objetivas, que además confirma en el texto de las propias normas catalanas (supletoriedad de la ley civil general reconocida en los arts. 121.1 CConsCat y 211.1 CConsCat). Por añadidura, la opción del Proyecto de Libro VI es la de incorporar parcialmente la especialidad que representa el derecho contractual de consumo en el Código civil de Cataluña⁸⁵, pero manteniendo un buen número de disposiciones contractuales civiles en el Código sectorial, el cual también regulará otras materias no civiles que convergen en el Derecho de consumo⁸⁶.

Como resumen de este punto relativo a la relación de los proyectados nuevos Códigos con el Derecho de consumo, la falta de consistencia entre los tres textos prelegislativos que venimos analizando es, al igual que en otros muchos puntos, bastante evidente. La incoherencia del que difícilmente se puede denominar «sistema español de obligaciones y contratos» es en esta materia relativa a la incardinación del Derecho contractual de consumo en el conjunto, como lo es en tantas otras, notable. Como también lo es la levedad de los argumentos que avalan desde el punto de vista científico algunas de las opciones, así como su capacidad adaptativa a exigencias no propiamente jurídicas, todo lo cual nos sitúa claramente en un marco propio del Derecho líquido.

2. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y REFLEXIÓN FINAL

En la última parte de este trabajo vuelvo otra vez sobre la singularidad que presenta en el marco comparado el Derecho español por lo que atañe a la codificación del Derecho privado y, más en concreto, del Derecho de obligaciones y contratos; pues, como se

estatuto jurídico del particular, tanto desde la perspectiva unilateral como «relacional», es decir, en sus relaciones con los demás».

⁸⁵ Así se recuerda varias veces en la Exposición de Motivos del Proyecto de Libro VI, donde se anticipa que el título primero –se entiende que cuando se elabore– relativo a las disposiciones generales, tendrá en cuenta los principios que informan la contratación que afecta a los consumidores. Ya en lo que afecta al título segundo, y en concreto a la regulación de la compraventa que recoge el Proyecto, la misma Exposición de Motivos señala que se pretende realizar una regulación unificada del contrato, sin establecer dos textos paralelos, uno para la compraventa general y otro para la compraventa de consumo, respectivamente; con ello se promueve una interpretación integradora de la compraventa, sin perjuicio de las normas contenidas en el Código de Consumo de Cataluña.

⁸⁶ LLÁCER MATACÁS, 2015, p. 61.

ha puesto de manifiesto, lejos de alcanzar un punto de encuentro similar al conseguido en los Derechos alemán, francés o holandés, en nuestro caso atesoramos tres textos preparatorios que disputan su alcance no solo territorial (estatal/autonómico), sino también material (civil/mercantil). Aunque no sabemos a ciencia cierta si lo hacen con la pretensión inconfesada de entrar en aquella competencia a la que en páginas anteriores tuve ocasión de aludir⁸⁷, no cabe duda de que al menos desde la perspectiva dialéctica tal competencia resulta inevitable.

Son de sobra conocidas por el lector las razones que nos han llevado a esta situación y los problemas técnicos y políticos que, como si de un bucle infinito se tratara, de ella derivan y de ella traen causa. Tampoco me voy a demorar en analizar esas razones, ni en explicar mi parecer que ya he tenido ocasión de exponer en varios lugares a los que aquí hago ahora remisión⁸⁸. Me centraré en dar mis impresiones en torno al futuro inmediato de la codificación del Derecho contractual en España, para finalizar con algunos trazos gruesos sobre el futuro de la idea de código y de codificación, así como su adaptación o no a los tiempos de la modernidad líquida, tantas veces apuntados.

Para abordar esta parte final conviene recordar que los tres textos que hemos mencionado están en estos momentos no sé si muertos pero, cuando menos, cabe pensar que son proyectos «zombis» en el sentido acuñado en 1999 por el ya citado Ulrich Beck, quien hablaba de la existencia en la segunda modernidad de categorías zombis y de instituciones zombis, esto es, que están a la vez muertas y todavía vivas, citando como ejemplos ilustrativos la familia, la clase, o el Estado-nación⁸⁹. No voy a responder todavía a la cuestión de si el propio concepto de «código» ha pasado a ser una categoría zombi. Lo que es poco discutible es que algunos de los tres textos de los que venimos tratando sí pueden serlo aunque, para ser totalmente honesta, no puedo afirmar que estén a la misma distancia del Averno definitivo.

El texto más cercano al abismo parece ser la Propuesta de Modernización del Libro IV del Código civil español, que no pasó

⁸⁷ Competencia en este caso entre códigos, incluso dentro de un mismo ordenamiento.

⁸⁸ Citadas en la nota 66.

⁸⁹ BECK, U., *Libertad y capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, trad. B. Moreno, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 14 ss., denomina zombis a ciertos conceptos que, aunque alguna vez tuvieron vida, sobreviven en nuestros días sólo como sombras lingüísticas, sin contenido preciso ni márgenes claros, incapaces de clarificar el debate y por tanto de orientar la acción. «Soberanía», «clase», «nación»... todas esas expresiones albergaron en su día un significado exacto, pero hoy se encuentran lejos de proporcionarnos un utillaje teórico eficaz.

de esa fase y que, por tanto, ni siquiera inició su aventura parlamentaria al no haber obtenido el necesario apoyo político; se trata de un proyecto que a pesar de su indudable valor técnico, como ya he tenido ocasión de manifestar en otro lugar, duerme un sueño que, si todavía no cabe considerar eterno, si es ya demasiado prolongado para ser calificado de reparador⁹⁰. Un poco más consiguió avanzar en su camino el Anteproyecto de Código Mercantil, si bien la fuerte oposición generada por el acaparador concepto de lo mercantil tanto desde organismo técnicos (Consejo de Estado) y políticos diversos, como desde un importante sector del mundo académico y práctico, coincidió con un oportuno fin de la legislatura que nos vuelve a situar en un punto de partida tan incierto como todo lo que caracteriza el momento presente. Por su parte, como ya anticipé, el Proyecto de Libro VI del CCCat ha comenzado de nuevo su nueva andadura parlamentaria el pasado mes de marzo de 2016 y, con el margen de error que siempre tiene cualquier previsión, parece probable su final aprobación en los próximos meses.

Volviendo al ámbito estatal, a simple vista existen algunos indicios demostrativos de que se desea retomar el tema codificador con nuevos bríos, e incluso insuflar nueva vida a la idea de la «recodificación» o «neocodificación», particularmente del Derecho de obligaciones y contratos. La aprobación de unos nuevos Estatutos de centenaria Comisión General de Codificación por Real Decreto 845/2015, de 28 de septiembre, seguida de la incorporación de nuevos miembros a sus cinco nuevas o renovadas Secciones, entre ellas la Primera de Derecho Civil parecen situarnos en la senda de su relanzamiento como vehículo técnico adecuado para acometer la labor codificadora, también en la materia patrimonial que aquí nos ocupa⁹¹. Sin embargo, no dejan de existir recelos, ya inmediatos; baste señalar que la propia página web que presenta a la Comisión General de Codificación lo hace con un párrafo donde se dice «A pesar de que el término codificación parece llevarnos al pasado, frente a la profusión y celeridad normativa de nuestros días, que ha conllevado precisamente una descodificación de nuestro ordenamiento, la Comisión General de Codificación es un órgano vivo, presente en buena parte de las iniciativas legislativas de los últimos años y con tareas importantes que afrontar en los próximos años como es la actualización de nuestro Código Civil en prácticamente

⁹⁰ GARCÍA RUBIO, 2015 bis, p. 66.

⁹¹ Los Estatutos definen a la Comisión General de Codificación como «el órgano superior colegiado de asesoramiento al Ministro de Justicia al que corresponde, en el ámbito de las competencias propias del departamento ministerial al que está adscrito, la preparación de los textos prelegislativos y de carácter reglamentario y cuantas otras tareas se le encomienden para la mejor orientación, preservación y tutela del ordenamiento jurídico».

todos sus libros»⁹², lo que es poco menos que la asunción de una derrota antes incluso de haber librado la batalla⁹³. Parecería que la propia Comisión General de Codificación considera la propia idea de «código» como una categoría muerta, pero todavía viva: en definitiva, una categoría «zombi»; no en vano procede, como las apuntadas por Beck, de nuestro horizonte vivencial del siglo XIX⁹⁴.

Por mi parte no soy tan pesimista. Estoy entre quienes piensan que la idea de «código» sigue siendo una categoría plenamente viva y perfectamente útil en la segunda modernidad⁹⁵, si bien soy consciente de que hoy codificar ni representa lo mismo que en el siglo XIX, ni la palabra «código» posee el significado unívoco que tuvo en su tiempo más genuino, siendo hoy mucho más polivalente y difícil de concretar. Baste señalar que el Código ya no puede identificarse con el Estado-nación y que junto a códigos estatales pueden concurrir otros de ámbito transnacional o incluso, según ciertas opiniones, ya cabe atisbar en el horizonte algún código de ámbito mundial⁹⁶.

Por lo que atañe al ordenamiento español, no comparto la idea de que tengamos que hacer en nuestro país una «recodificación» general de todo el Derecho (privado) al modo decimonónico. La sociedad de nuestro tiempo, que no está interesada en ser fijada en el espacio y circula a vertiginosa velocidad por el tiempo, ni reclama este modelo, ni lo hace siquiera conveniente⁹⁷. No obstante, aunque sólo sea para situarnos en posición de igualdad con nuestros homólogos europeos en ese «mercado de ordenamientos» varias veces mencionado, sí me parece necesario elaborar un texto legislativo que ponga al día nuestro Derecho en aquella parte más ligada a la actividad económica, esto es la dedicada a las obligaciones y contratos, tal y como se ha hecho en muchos de los países de nuestro entorno. Reitero que este nuevo texto no se debe identificar

⁹² <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/quienes-somos>.

⁹³ En esa misma página, en relación con la última renovación se puede leer que respetando en sus líneas generales la estructura de la Comisión General de Codificación, los Estatutos proceden a actualizar y agilizar su funcionamiento para el cumplimiento más eficaz de sus cometidos, sin merma del rigor que debe presidir su actuación, se acentúa la independencia y el carácter estrictamente técnico de la función de los vocales, y se actualiza la regulación del Archivo de la Comisión General de Codificación.

⁹⁴ BECK, 2002, p. 14.

⁹⁵ GARCÍA RUBIO, 2015 bis, pp. 95 ss; También lo considera así CAÑIZARES LASO, A., «Hacia una recodificación», en *Codificaciones y Derecho privado en el siglo XXI*, E. Roca Trias (Dir.), M.ª C. Cazorla (Coord.), Madrid, 2015, pp. 49-60.

⁹⁶ ZÉNATI-CASTAING, 2011, pp. 373 ss.

⁹⁷ La modernidad sólida planteaba que la duración eterna era el motor y el principio de toda acción; en la modernidad líquida, la duración eterna no cumple ninguna función. El corto plazo ha reemplazado al largo plazo y ha convertido la instantaneidad en ideal último (BAUMAN, 2004, p. 134).

totalmente con el modelo histórico del código de la primera modernidad, sino que ha de caracterizarse, en palabras de N. Irti, por su reducción cuantitativa y su exaltación cualitativa⁹⁸; lo primero, porque la idea del carácter completo como tratamiento exhaustivo que agota la materia codificada es sencillamente un imposible y, por tanto, tal pretensión debe ser abandonada y sustituida por la más realista que identifica lo completo con el cumplimiento de tres características: la inexistencia de lagunas, la sustitución total de las viejas normas generales por las nuevas y la exaltación de estas como el nuevo epicentro del sistema⁹⁹. Precisamente esta última característica supone la referida exaltación cualitativa, que cohesta también básicamente con lo que he llamado en otro lugar «función principista» propia de los genuinos códigos¹⁰⁰.

Este código podría ser de obligaciones y contratos siguiendo el modelo suizo¹⁰¹ o ubicarse en la parte correspondiente del Código civil, al modo del BGB alemán tras su reforma de 2002¹⁰². Las normas en él incluidas habrán de estar inspiradas en los modelos del moderno Derecho comparado tantas veces mencionados, donde se contienen las pautas germinales de un Derecho de contratos globalizado¹⁰³; además, tendrán que superar la diferencia civil/mercantil como hacen esos mismos modelos¹⁰⁴ y, a ser posible, debe-

⁹⁸ IRTI, N. «Appunti introduttivi a seminario sui codici», *Gir. It.*, 2001, pp. 649-652, espec. p. 650.

⁹⁹ ZIMMERMANN, 2014, p. 13.

¹⁰⁰ GARCÍA RUBIO, 2015 bis, p. 96.

¹⁰¹ Respecto de lo cual conviene recordar la reflexión de RESCIGNO, P., «Il libro delle obbligazioni tra modernizzazione e riforma», *Riv. dir. civ.*, 2006, I, pp. 33 ss; posteriormente publicados *Codici. Storia e geografia de un'idea*, a cura e con una nota de F. Caggia, Lecce, Laterza, 2013, pp. 110-121, para quien (p. 114) «la unidad del Derecho privado codificado no se contradice en un sistema jurídico –cuyo ejemplo más importante es el de la confederación helvética– en el cual el derecho de las obligaciones formalmente está consignado en un cuerpo normativo separado del código civil, pero forma parte de un único diseño total. El *Obligationenrecht* suizo es en sustancia parte del derecho privado codificado, del que el código civil ocupa la parte más extensa desde el perfil cuantitativo, pero no por su contenido porque el derecho patrimonial imperante encuentra sus propias reglas en el Derecho de obligaciones».

¹⁰² Pues como ya mantuve en GARCÍA RUBIO, 2014, p. 21, «El papel central que ha cumplido y cumple el Código civil en el sistema de Derecho privado ni puede, ni debe ser abandonado, pues sin duda constituye la sede adecuada para cobijar las categorías técnicas y las reglas generales del sistema que constituyen la síntesis de nuestra cultura jurídica y a las que habrá de acudir desde cualquier otro sector del ordenamiento como firme sostén de la coherencia y la continuidad del mismo».

¹⁰³ Como nos recuerda MORALES MORENO, A. M., en su Presentación a la traducción española del DCFR, la propia Ley de Bases del Código civil español de 1889 (Base 20), establecía el mandato de redactar sus reglas generales según «los mandatos consagrados por las legislaciones modernas»; añade el autor citado que ese mandato sigue vigente, pues el derecho de contratos, en sus aspectos básicos, no puede ser diverso; plasma unos principios que encuentran su justificación en una racionalidad compartida por las «legislaciones modernas», en el lenguaje de nuestro legislador del siglo XIX [*Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia*, JEREZ DELGADO, C., (Coord.), Madrid, BOE, 2015, p. 24].

¹⁰⁴ OLIVA BLÁZQUEZ, F., pp. 40 ss.

rán incluir parcialmente las reglas de naturaleza privada de protección de los consumidores que reflejen preocupaciones y objetivos de política jurídica de alcance general, entre los que destaca el apuntado cambio de paradigma del modelo contractual liberal por otro más inspirado en la idea de justicia social. Desde luego comparto la idea, ya antes anticipada, de que el Derecho de consumo en sus aspectos privados es Derecho civil y en ningún caso mercantil. Estimo por todo lo dicho que los hipotéticos nuevos Códigos civiles, estatal y catalán, deberían acoger en su seno aquellas normas nacidas en el seno de las relaciones B2C susceptibles de generalización, que pasarían así a ser normas comunes¹⁰⁵; en el Código mercantil –o en su caso en las normas *ad hoc* dentro del Código unitario de obligaciones y contratos– quedarían únicamente las reglas contractuales especiales, que lo serían precisamente por ser únicamente aplicables a las relaciones B2B. Creo, sin muchas vacilaciones, que es la solución que mejor garantiza la coherencia del sistema de derecho contractual.

Con el planteamiento descrito estaríamos ante un verdadero Código civil en el sentido propio o fuerte del término: con un destacado componente innovador, en el que estarían fijados los principios informadores del sistema jurídico patrimonial y con vocación, ya no de perennidad, pero sí al menos de coherencia y permanencia. Lo que no podría ser, por las razones obvias que venimos recordando a lo largo de todo el trabajo, es un «código revolucionario» en el sentido de creador de un orden nuevo destinado a sustituir el precedente, pues volvemos a recurrir a Bauman para recor-

¹⁰⁵ No veo pues el interés en mantener *tout court* la diferencia, una vez incorporadas al Código civil, entre normas generales y normas comunes que, en cambio, sí contempla LLÁCER MATAJACÁS, 2015, pp. 62 ss. cuando afirma «Son generales las normas civiles aplicables a cualquier persona sea cual sea su calificación mientras que [...] las que especifican el estatuto del consumidor –especiales– adquieren carácter común cuando se incorporan al Código». Tal vez lo que la autora promueve es una incorporación al Código civil de las normas contractuales de consumo en su conjunto (reglas y principios), o de la mayoría de ellas; por el contrario, mi punto de vista es que, como regla, solo se incorporen las que sean susceptibles de generalización y solo en casos muy puntuales y por razones de utilidad o visibilidad, se pongan en el código reglas especiales que sólo afecten a las relaciones B2C. Reconozco que esta mayor amplitud de la «recepción» por el Código civil del las normas contractuales de consumo tiene en Cataluña alguna justificación adicional que también es puesta certeramente de relieve por LLÁCER MATAJACÁS, 2015, pp. 64-65; así, según el art. 111-4 CCCat tienen carácter común «las disposiciones de este Código», es decir, del civil; no es el caso del Código de consumo, que no tiene el carácter de «común» y por tanto carece de la función de supletoriedad y de cierre que el art. 111-4 CCCat atribuye al derecho común. Así pues, resalta la autora, la ubicación de la norma de consumo en el Código civil no sólo resuelve una evidente opción de sistematización; también completa una cuestión de cierre del ordenamiento con la aplicación del derecho común. Todo ello además en coherencia con el art. 3 f de la Ley 29/2002 en la que se hace el diseño completo del CCCat y que incluye la contratación con consumidores en el Libro VI de este mismo Código.

dar que la tarea de construir un nuevo orden mejor para reemplazar al viejo y defectuoso no forma parte de ninguna agenda actual¹⁰⁶.

Como también he defendido en ocasiones precedentes, para que el nuevo texto gozase de la suficiente estabilidad y no sufriera constantes alteraciones y cambios al hilo de cualquier decisión política o de los impredecibles avatares económicos de este tiempo tan fluido, el nuevo código podría y hasta debería concurrir con leyes especiales relativas a cuestiones más singulares y cambiantes, como pudieran ser, entre otras, aquellas partes de la protección a los consumidores más relacionadas con las decisiones administrativas y con los aspectos de Derecho privado de índole coyuntural¹⁰⁷. Podrían existir también leyes especiales para ciertos contratos, como los arrendamientos urbanos o rústicos, el préstamo, u otros que están más al socaire de la realidad económica; sin embargo, los tipos básicos como la compraventa y la donación debería estar en el nuevo código general. La coherencia del sistema reclamaría que las leyes especiales mencionadas fueran de naturaleza complementaria o integrativa de las normas del código y en la medida de lo posible, se debería evitar la promulgación de leyes «descodificantes», en el sentido de que sus criterios de regulación fuesen opuestos a los principios básicos establecidos en el texto codificado¹⁰⁸, aunque soy consciente de que a veces no sería posible prescindir de ellas.

Mientras la norma constitucional no cambie¹⁰⁹ entiendo también que ese nuevo Código debería contener las bases de las obligaciones contractuales mencionadas en el tantas veces perturbador artículo 149.1.8.^a CE¹¹⁰, bases que por imperativo de la ley fundamental son de competencia estatal y suponen un límite externo

¹⁰⁶ BAUMAN, 2004, p. 11.

¹⁰⁷ Como podría ser, se me ocurre, el contenido concreto del deber precontractual de información para un determinado tipo de contrato.

¹⁰⁸ IRTI, 2001, p. 650, sobre ambos tipos de leyes especiales.

¹⁰⁹ La supremacía de la norma constitucional impone su necesario respeto por el legislador, lo que no impide el cuestionamiento de una concepción del ordenamiento tan sometida a la Constitución que termine por encajonar la virtualidad de la ley democrática, como muy bien explica LAPORTA, 2007, pp. 219 ss., quien apunta «La objeción democrática formulada como una reivindicación de competencias para el legislador cotidiano tiene que servir de aviso constante frente a las tentaciones de amparar bajo la rigidez constitucional aspectos de la vida colectiva que no merecen hurtarse a la voluntad de la mayoría». No me cabe duda de que este del reparto competencial en materia de obligaciones y contratos es uno de esos aspectos, aunque tengo para mí que el actual debate sobre la conveniente, necesaria o incluso imprescindible reforma constitucional apenas se ocupa de estos aspectos centrados en las relaciones entre sujetos privados.

¹¹⁰ De «complejo y descoyuntado» lo califica, GÓMEZ POMAR, 2015, p. 138. Para ROCA TRÍAS, E., Prólogo, en *Codificaciones y Derecho privado en el siglo XXI*, E. Roca Trias (Dir.), M.^a C. Cazorla (Coord.), Madrid, 2015, p. 17, un Código unitario de obligaciones y contratos podría cumplir con la exigencia constitucional derivada del art. 149.1.8.^a, así como obtener la deseable equiparación al derecho europeo.

infranqueable por el legislador autonómico¹¹¹. Entiendo que esas bases, donde han de hallarse los fundamentos comunes de toda la contratación privada y no solo de la civil, deberían ser concretadas de una vez por el legislador¹¹². Por más que se trate de un concepto discutible¹¹³ o incluso permeable¹¹⁴, el legislador estatal no puede seguir eludiendo su función y debe hacer todo lo posible por aclarar cuál es su contenido. Reconozco, no obstante, que los partidarios de una concepción más líquida del orden constitucional serán igualmente adeptos a una opción más «abierta y flexible», cual sería la de dejar el concepto en cuestión como está, es decir, en la indefinición; esta situación mucho más dúctil y maleable podría correr al socaire de las exigencias del concreto momento político, el cual iría decantando las respuestas normativas convenientes, instantáneas, y nunca definitivas¹¹⁵. Por más que cohoneste con la modernidad

¹¹¹ Para profundizar en el tema, *vid.* FOSSAS ESPADALER, E., «La competencia sobre las bases de las obligaciones contractuales. Una aproximación constitucional», *RJC*, 2014-2, p. 357 y GARCÍA RUBIO, 2015 bis, pp. 95 ss.

¹¹² Hago totalmente mías las palabras de GONDRA, J. M.^a, «La deconstrucción del concepto de Derecho Mercantil en aras de la unidad de mercado. Una primera aproximación a las Propuesta de Código Mercantil», *RDM*, octubre-diciembre 2013, pp. 27-51, espec. p. 48, cuando afirma «Pretender a estas alturas, retomar la senda de aquellos primeros códigos de comercio, que abrieron brecha en el proceso de la codificación del Derecho privado, para intentar hacer pasar por Derecho mercantil lo que es Derecho común, mediante el simple expediente de su inclusión en un código que lleva esta etiqueta, resulta difícil de sostener y hace dudoso que pueda servir eficazmente al propósito último de asegurar la unidad del régimen jurídico del mercado. Creo que el artículo 149.1.8.^a el Estado proporciona otra vía, ciertamente menos expeditiva, como es la competencia exclusiva atribuida al Estado sobre «las bases de la obligaciones contractuales» que, de forma mucho menos forzada, le permitiría alcanzar ese objetivo sin operar una deconstrucción del concepto del Derecho Mercantil y, de paso, del Civil».

¹¹³ BERCOVITZ, A., «Presentación del Anteproyecto de Código Mercantil», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2014, p. 40; FOSSAS ESPADALER, 2014, p. 361.

¹¹⁴ OLIVENCIA, M., «Delimitación de la materia mercantil», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2014, p. 60.

¹¹⁵ Solución como la que pudiera derivarse de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón precisamente frente al art. 20 del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; esta sentencia, si bien no se refiere directamente a la distribución competencial en materia civil, hace algunas apreciaciones de alcance general que afectan a nuestro afán y que no siempre son de fácil comprensión, como la de calificar en el nuestro ordenamiento como de «estructura compuesta» (Fdo. Jrdo. núm. 13). A los efectos que nos atañen la sentencia referida contiene afirmaciones como las siguientes (Fdo. Jrdo. 7): «*el art. 149.1 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre una relación de materias (“materias siguientes”). Examinando la relación allí contenida, cabe resaltar dos aspectos. De un lado, que la competencia exclusiva del Estado se refiere a “materias” cuyo contenido sólo se enuncia, es decir, no se describe ni se delimita (por ejemplo, “relaciones internacionales”, “Defensa y Fuerzas Armadas” o “Administración de Justicia”;* entre otras, STC 147/1991, de 4 de julio, FJ 4). *De otro lado, la competencia exclusiva estatal se refiere en ocasiones a la totalidad de la materia enunciada en los términos generales descritos, pero en otros casos incluye sólo la “función” relativa a dicha materia, función que alcanza, o bien a la “legislación básica” (o “bases” o “normas básicas”), o bien a la “legislación”, siendo así que tampoco se determina el contenido o alcance de dichas funciones*

líquida, no comparto esta postura, ya que pienso que los costes en términos de seguridad jurídica y certeza del Derecho, garantía de otras muchas cosas igualmente deseables, justifican sobradamente la solución más positivista, o si se prefiere menos «fluida».

Por su parte, el legislador catalán tiene todo el derecho, e incluso tiene el deber de completar su Código civil con el previsto Libro VI. Ha de hacerlo ejercitando sus competencias y respetando las estatales las cuales, vuelvo a repetir, mientras no cambie la ley fundamental, incluyen las bases de las obligaciones contractuales. La colaboración y el entendimiento entre el Estado y las CCAA con capacidad legislativa en materia de Derecho civil, en este caso muy especialmente Cataluña, es mucho más que deseable, es imprescindible.

No mantengo la misma opinión en relación con la necesidad de elaborar un Código mercantil, y mucho menos uno como el diseñado en el APCM de 2014¹¹⁶. En primer lugar, porque las dificultades de adaptación a la técnica codificadora de una rama del Derecho tan variable, mudable y de perfiles siempre difusos como es el Derecho mercantil ha sido puesta muchas veces de relieve por muchos y reconocidos autores¹¹⁷. Es claro que su especial sensibi-

(así, STC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2». Añadiendo a continuación en ese mismo Fdo. Jrdo.: «Es decir, la Constitución, que sí fija las materias de competencia estatal, no especifica directamente el contenido o alcance ni de las materias ni de las funciones materiales sobre las que se proyecta aquélla, ni tampoco contiene reglas expresas de interpretación que inmediatamente permitan concretar dicho contenido o alcance, lo que, en última instancia, sólo corresponde precisar a este Tribunal Constitucional en el ejercicio de su jurisdicción».

Si mal no comprendo lo que a modo de tobogán se va diciendo a través del farragoso texto –y que en otros puntos de la sentencia parecen desdecirse, o a menos minimizarse–, afirmaciones como las transcritas suponen que la Constitución, al enumerar las materias de competencia exclusiva estatal (o a las llamadas «funciones materiales»), lo hace a través de conceptos o términos que en buena medida podemos considerar vacíos o huecos, asumiendo la tesis de lo que la literatura especializada considera un sistema de distribución territorial básicamente «desconstitucionalizado». En lo que ahora nos afecta, el art. 149.1.8.ª CE, tanto respecto a lo que sea «legislación civil», como a lo que sean cada una de las materias referidas en el llamado «núcleo duro» del precepto citado, y por tanto también las «bases de las obligaciones contractuales», sería una especie de norma en blanco cuyos contenidos concretos llenará el legislador ordinario, estatal y autonómico, y en definitiva el Tribunal Constitucional a través de la interpretación de la obra de ambos.

¹¹⁶ Pues como he recordado en otro lugar, parafraseando a N. Irti, conviene tener presente que codificar no es solo poner cosas juntas, ni siquiera ponerlas juntas de manera más o menos ordenada; no se trata solo de unir un conjunto de normas diversas y dispersas a través de un vínculo extrínseco como puede ser la denominación de un concreto cuerpo legal como Código mercantil; codificar es, sobre todo, establecer el Derecho según una tabla de principios coherentes y estables algo que se cohonesto muy mal con el conjunto un tanto arbitrario de materias que componen los distintos libros del APCM, algunos de los cuales bien poco tienen que ver entre sí (GARCÍA RUBIO, 2015 bis, p. 105).

¹¹⁷ Muy significativas al respecto son las palabras de MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «El Derecho mercantil como categoría dogmática», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Cizur-Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 45-51, quien afirma en p. 45 que «La evolución del llamado Derecho Mercantil como categoría dogmática parece encaminarse a lo que podría ser su fragmentación con la permanencia, si acaso, de sus subsistencia como categoría académica», añadiendo a conti-

lidad al proceso de inflación legislativa propio de nuestro tiempo¹¹⁸, su discutida unidad sistemática¹¹⁹, la inestable situación financiera, las exigencias de la Unión Europea de decisiva influencia en materias como las sociedades, los seguros o determinados tipos de contratos tradicionalmente calificados de mercantiles, así como las distintas normas públicas reguladoras, asemejan cada vez más lo que conocimos como Derecho mercantil a una especie de Derecho económico o Derecho del mercado, en el doble sentido de instituto jurídico y de instituto económico, que mezcla normas públicas y privadas que son también, por las mismas razones, inestables, sumamente mudables¹²⁰ y claramente refractarias a la idea clásica de código.

Nada obsta, desde luego, la elaboración de una serie de leyes generales sobre las materias más características incluidas tradicionalmente bajo el paraguas conceptual del Derecho mercantil, como ya sucede como la ley de sociedades de capital, ley de competencia desleal, ley de propiedad industrial, ley concursal, etc., que algunos pueden estar tentados a denominar con el término «código». Estaríamos entonces ante lo que se conoce como «códigos-consolida-

nuación «Es dudoso, en efecto, que haya algo «esencial y común» a todas las instituciones mercantiles que pueda referirse a todos y cada uno de sus componentes o sectores. Ciertamente, no parece que nos encontremos ante lo que se llama un *sistema* interno, es decir, un conjunto sistemático de principios, o una combinación de ellos que permita delimitar la «especialidad normativa» del Derecho mercantil, marcando sus diferencias respecto a otras ramas del Derecho privado. Lo que hoy entendemos por Derecho Mercantil es, en definitiva, un conjunto de instituciones enmarcadas en el Derecho patrimonial que tiene que ver más bien con el Derecho privado de la ordenación de la economía, o un Derecho privado de ordenación del mercado, pero que carecen, nos parece, de conexiones más específicas entre sí». También, en similar sentido, GONDRA, 2013, pp. 49 ss.

¹¹⁸ En tal sentido, ALFARO, 2015, p. 21; también SÁNCHEZ-CALERO, J., «Diferentes enfoques de la regulación codificada. Mesa Redonda», en *Codificaciones y Derecho privado en el siglo XXI*, E. Roca Trias (Dir.), M.^a C. Cazorla (Coord.), Madrid, 2015, pp. 149-161, quien en p. 158, afirma: «Los mercantilistas nos sentimos en alguna medida víctimas de un esfuerzo similar al de Sísifo: adaptamos nuestras leyes a las Directivas europeas y las estudiamos. Cuando estas nuevas leyes entran en vigor nos encontramos con el anuncio o incluso la promulgación de nuevas Directivas que anuncian próximos cambios de esa ley que acabamos de estrenar». Por el contrario, aboga por la utilización de la técnica codificadora para elaborar un unitario Código Mercantil, ALONSO LEDESMA, C., «Codificación y Derecho privado de obligaciones y contratos», en *Codificaciones y Derecho privado en el siglo XXI*, E. Roca Trias (Dir.), M.^a C. Cazorla (Coord.), Madrid, 2015, pp. 27-48, espec. pp. 29 ss.

¹¹⁹ ALFARO, 2015, p. 24, quien, citando a Aurelio Menéndez, entiende que no hay unidad de sistema en el Derecho Mercantil. Si acaso, hay un levísimo «sistema de unidades», es decir, unas pocas instituciones que, cual sociedad *holding*, resultan generalizables a los conjuntos normativos que se estudian en nuestras Facultades en la asignatura Derecho Mercantil

¹²⁰ Esta es otra de las razones por las que la parte más estable de las relaciones obligatorias y contractuales, que también ha de aplicarse en el campo mercantil, como el régimen general de las obligaciones, los contratos o la prescripción, ha de estar en el código civil y no en los cuerpos legales de estricto Derecho mercantil.

ción» en la doctrina italiana¹²¹ o «códigos de derecho constante» en la literatura francesa¹²², técnica legislativa que otorga cierta estabilidad al continuo furor legislativo incontrolado, pero que no supone creación *ex novo* propiamente dicha o, como mucho, en la que esa labor creativa es mínima, pues lo que se pretende es sobre todo ordenar y clarificar las normas, aunque indudablemente de esas funciones derive también cierta renovación y reforma¹²³.

Como síntesis final, estoy convencida de que sigue siendo útil y conveniente la idea de código, incluso –aunque no solo– aplicada al ámbito estatal. Pero se trata de una idea histórica y, por tanto, no tiene por qué identificarse totalmente con la propia de la primera modernidad, por más que fuera en ella donde tuvo su expresión más acabada y perfecta. Estimo, con todo, que no es hoy una categoría muerta, ni siquiera una categoría zombi. En su versión de código fuerte –como ha de ser el civil o, en su caso, el de obligaciones y contratos–, o en su versión débil o impropia –como códigos sectoriales y de derecho constante–, es un instrumento adecuado para mejorar la coherencia, previsibilidad y seguridad de un ordenamiento jurídico, también necesarias en la segunda moderni-

¹²¹ Vid. la explicación histórica del binomio «*consolidazioni-codificazioni*», que N. Irti remonta a los años treinta del siglo pasado, y en concreto a un trabajo de M. Viora; señala el propio Irti que la consolidación recoge y simplifica un material dado: su diseño no es autónomo y creativo, sino que se pliega al modelo de las viejas leyes, no se propone como fuente de Derecho nuevo, mira al pasado, no al porvenir. Añade a continuación que se trata de dos categorías que no son lógicas, sino históricas.) y afirma que la consolidación aparece como técnica legislativa capaz de atribuir estabilidad a la corriente de normas especiales («*Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili*», *Relazione svolta nel Convegno linceo sul cinquantenario del codice civile* (15-16 diciembre 1992); publicado también en IRTI, N., *Codice civile e società politica*, Roma, Laterza, 8.ª ed., 2007, pp. 71-83, que es la que he manejado).

¹²² BRAIBANT, 1996, p. 97, vicepresidente que fue de la *Commission Supérieure de Codification* francesa (la presidencia le correspondía al Primer Ministro) oponía los dos grandes modelos de codificación: la innovadora o reformadora, cuyo prototipo era el *Code* de Napoleón, y la de derecho constante, a las que respectivamente denominaba también de *lege ferenda* y de *lege lata*, así como codificación corneliana, o del derecho que debe ser, y codificación raciniana, o del derecho que es, señalando que esta segunda era la acometida en Francia a partir de 1989. El mismo autor destaca que en sentido estricto el «*droit constant*» trata, como respuesta a los problemas generados por la inflación normativa, de reagrupar en códigos temáticos las leyes y los reglamentos en vigor, sin modificarlos o, por lo menos, aportando modificaciones menores y formales (2004, pp. 276 ss). Sin embargo, más adelante (BRAIBANT, 2004, p. 280) señala que este tipo de codificación no es un mero trabajo mecánico ni valorativamente neutral, poniendo a continuación un ejemplo que resulta especialmente oportuno en esta sede; dice el autor citado que el simple hecho de poner un texto en el código de consumo, en lugar de en el código de comercio tiene un significado, aunque todas las disposiciones del primero interesen al segundo y recíprocamente, y añade su explicación: el código de consumo es sobre todo un código de protección de los consumidores y el código de comercio es sobre todo un código de protección de los comerciantes.

¹²³ Como destaca, en la doctrina francesa, BEIGNER, 1996, p. 3. Para autores como ZÉNATI-CASTAING, 2011, p. 365, este tipo de codificación no sólo es extraña a la idea de la codificación moderna, sino que constituye el testimonio más evidente del fin de la era de los códigos modernos.

dad¹²⁴. El Derecho necesita puntos de anclaje y la ley en su versión más depurada contenida en los códigos es, en nuestra tradición jurídica, un puerto seguro; ni siquiera en los tiempos líquidos que nos acometen deberíamos, como juristas, resignarnos a renunciar a «todo lo que era sólido»¹²⁵.

¹²⁴ Pues como dice RESCIGNO, P., «Le prospettive di un diritto europeo ed uniforme dei contratti», *Riv. dir. civ.*, 1994 I, pp. 817 ss., y en *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma, Laterza, 2013, pp. 235-244, espec. p. 238, con palabras alusivas al caso italiano, pero perfectamente trasladables al español «en la tradición jurídica continental, a la que pertenece nuestra cultura (y la cultura francesa y alemana de la que somos deudores), el código ha representado el ejemplar modelo de racionalidad, de rigor conceptual, de coherencia sistemática».

¹²⁵ Emulando a MUÑOZ MOLINA, A., en su libro *Todo lo que era sólido*, Barcelona, Seix Barral, 2013.

El inadecuado régimen urbanístico del derecho de superficie*

LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

*«Cada uno recobrará su propiedad¹...
por ser el año quincuagésimo, año del Jubileo»*

Levítico 25,10

RESUMEN

Análisis crítico sobre la inadecuada regulación del derecho de superficie contenida en la legislación urbanística española y su incompatibilidad con los principios del Derecho civil.

PALABRAS CLAVE

Derecho de superficie; derechos reales; legislación de suelo; legislación de ordenación urbanística.

ABSTRACT

Critical analysis about the inappropriate regulation of surface right according the spanish planning and land law, and his incompatibility with the principles of Civil law.

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de I+D del programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia, subprograma estatal de generación de conocimiento: «Reformando las tenencias de la vivienda: nuevas reglas para una eficiencia jurídica y económica en el acceso a la propiedad», DER2014-55033-C3-2-P, cuya investigadora principal es Esther Muñiz Espada.

¹ Hemos traducido «propiedad» y no «posesión», como suele hacerse usualmente en las traducciones de la Biblia, porque del contexto, relacionado con la recuperación de la tierra vendida por razones de necesidad y que no hubiera sido rescatada antes por un familiar próximo, se desprende claramente ese significado.

KEYWORDS

Surface right; property rights; land law; planning law.

SUMARIO: 1. «Conclusiones preliminares» sobre el régimen urbanístico del derecho de superficie para edificar.–2. El régimen jurídico-privado general: la autonomía de la voluntad como principio central y el derecho de superficie para edificar. 2.1 El título constitutivo como principal fuente reguladora. 2.2 Aplicación concreta del principio de autonomía de la voluntad a los derechos y situaciones jurídico-reales. 2.3 Aplicación concreta del principio de autonomía de la voluntad a los derechos y situaciones jurídico-reales.–3. Estructura jurídico-privada del derecho de superficie para edificar. 3.1 Sujetos y capacidad. 3.2 Objeto del gravamen. 3.2.1 La finca. 3.2.2 Especial alusión al vuelo o subsuelo de un terreno. 3.2.3 Constitución de superficie en parte de una finca y parcelación urbanística: doctrina de la DGRN. 3.2.4 Superficie sobre derechos reales limitados de goce: regla y excepciones. 3.2.5 La superficie y el dominio público. 3.3 El Derecho civil y la temporalidad de la superficie. 3.3.1 La perpetuidad «impropia», en tanto referida a la edificación superficiaria. 3.3.2 La perpetuidad en sentido propio y el censo enfiteútico como eventual marco jurídico.–4. El derecho de superficie para edificar en la legislación urbanística. 4.1 Origen y objetivos de la regulación urbanística de la superficie para edificar. 4.2 Primera evolución: la trascendental reforma derivada de la Ley 19/75 y el plazo para edificar.–5. Predominio del principio de legalidad o necesidad en los orígenes de la legislación urbanística sobre el derecho de superficie. 5.1 Posposición de la autonomía de la voluntad en la legislación urbanística anterior a la vigente. 5.2 La influencia originaria del principio de necesidad o legalidad del Derecho administrativo. 5.3 Dos manifestaciones de la falta de sintonía: el plazo de duración en el marco de la propiedad separada del vuelo y el subsuelo, y el plazo para edificar.–6. La inscripción del derecho de superficie en el reglamento hipotecario. 6.1 Redacción original: problemas de legalidad. 6.2 La modificación por RD 1867/1998 y su ulterior declaración de ilegalidad.–7. La tesis dualista sobre el régimen jurídico del derecho de superficie para edificar. 7.1 Alcance y justificación de esta tesis: nuestra postura personal. 7.2 El dualismo y el monismo en las resoluciones judiciales. 7.3 La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo. 7.4 Las sentencias del Tribunal Supremo de 15-6-1984 y de 26-11-2002. 7.5 La distinción entre la eficacia frente a terceros o entre partes de un derecho real.–8. El régimen urbanístico del derecho de superficie en la Ley 8/2007 y el TRLS de 2015. 8.1 Mantenimiento del carácter imperativo general pese al aumento de las excepciones. 8.2. Generalización insuficiente de las finalidades contempladas en el régimen urbanístico del derecho de superficie. 8.3 El derecho imperativo sobre la duración máxima de la superficie. 8.4 Los requisitos formales imperativos para la constitución de superficie. 8.5 La incomprensible ampliación del ámbito de la extinción «ex lege» por incumplimiento del plazo para edificar. 8.6 El problema de la propiedad de las obras tras la extinción de la superficie por disconformidad con la legislación urbanística. 8.7 Extinción por disconformidad con la legislación urbanística y

derechos constituidos por el superficiario.—9. *La destrucción de la edificación durante la vigencia del derecho de superficie.* 9.1 Aspectos generales sobre un eventual derecho a reedificar del superficiario. 9.2 Supuestos en que el derecho a reedificar podría entenderse implícitamente concedido. 9.3 Supuestos en que la reedificación, siendo de interés general, no interesará al superficiario.—10. *Relación de sentencias y resoluciones de la DGRN utilizadas.* 10.1 Sentencias del Tribunal Constitucional. 10.2 Sentencias del Tribunal Supremo. 10.3 Sentencias del Tribunal Superior de Justicia. 10.4 Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—11. *Relación de bibliografía utilizada.*

1. «CONCLUSIONES PRELIMINARES» SOBRE EL RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL DERECHO DE SUPERFICIE PARA EDIFICAR

Para comenzar este trabajo hemos elegido un epígrafe sorprendente y contradictorio; en realidad creemos que esas características encajan perfectamente con la opinión que puede merecer a un civilista la regulación del derecho de superficie llevada a cabo por la legislación urbanístico-administrativa²; a menos, claro está, que ese civilista intente reconducirla a los esquemas propios del Derecho privado, realizando una labor de traducción que consideramos incompatible con el tenor de aquella legislación, con su espíritu, y con las finalidades que dice perseguir; como, en definitiva, nuestra postura básica es que el ámbito de aplicación directa de esa legislación urbanística ha de reducirse al derecho de superficie para edificar constituido por personas públicas, donde la veloz recuperación en vía administrativa del suelo gravado parece ser el objetivo fundamental (en el caso de que el superficiario infrinja de cualquier modo la ordenación urbanística o el deber de edificar en plazo), preferimos adelantar aquellas ideas que constituyeron meras intuiciones al iniciar nuestra labor, para irse confirmando luego hasta llegar a convertirse en conclusiones; de este modo esperamos ahorrar trabajo a aquellos lectores que puedan considerar nuestro

² Deseamos aclarar, desde ahora mismo, que cuando hagamos alusión en este trabajo a la «legislación urbanística», «régimen urbanístico», o expresiones similares, referidas todas ellas al derecho real de superficie, no estaremos queriendo decir que cualitativamente no se trate de legislación civil, como ha dicho ya el Tribunal Constitucional; simplemente estaremos tratando de identificar el conjunto normativo al cual referimos nuestras observaciones, sin prejuzgar tampoco por ello su ámbito concreto de aplicación; sobre la medida en que la declaración del Alto Tribunal a que hacemos referencia no impide, necesariamente al menos, que el ámbito de directa aplicación de la legislación urbanística sobre el derecho de superficie pueda restringirse al otorgado por personas públicas, remitimos al lector al epígrafe 7.3 de este trabajo.

punto de partida totalmente inasumible. Esas «premisas conclusivas» pueden resumirse en las siguientes:

1.^a El esquema de fuentes de regulación del derecho de superficie establecido por la legislación urbanística, en cuanto otorga carácter imperativo a la totalidad de sus preceptos, es absolutamente incompatible con los principios rectores del Derecho privado, que como regla general otorgan preeminencia al título constitutivo en la regulación de las situaciones jurídico-reales; por ello no es extraño que se intenten interpretar como dispositivas algunas soluciones aportadas por la citada legislación, aunque sea forzando su inequívoco tenor literal.

2.^a La extinción automática, prevista hoy para el caso de cualquier disconformidad entre la edificación superficiaria y la ordenación urbanística, constituye una medida sorprendente que presenta, entre otros, los siguientes problemas:

– Incrementa el creciente número de cuestiones prejudiciales administrativas que vienen irrumpiendo en los procesos civiles, porque la extinción se basa en lo que no es sino una infracción urbanística.

– No tiene en cuenta la abultada serie de casos en que las infracciones urbanísticas prescriben sin ser eficazmente perseguidas, en especial tratándose de edificaciones terminadas.

– En el actual panorama inmobiliario existen situaciones jurídicas y derechos reales en cuyo desenvolvimiento se puede producir la misma infracción de la ordenación urbanística que en ejercicio de un derecho de superficie, resultando tan ilógico asumir la diferencia de tratamiento como perturbador el aplicarles analógicamente la extinción automática.

– Cuando el propietario del suelo sea promotor de la edificación futura, sobre la cual constituye y transmite derechos de superficie, la extinción automática puede favorecer al promotor infractor, o bien a sus acreedores, en perjuicio de los adquirentes de la edificación superficiaria; el interés público tutelado por esa extinción impedirá invocar las cláusulas genéricas del Derecho privado para impedir tal efecto.

– Siendo el dueño del suelo una persona privada, no se entiende el beneficio que puede reportar la extinción del derecho de superficie a un interés público que, por hipótesis, ya ha sido lesionado.

3.^a Existen aspectos absolutamente fundamentales que, sin embargo, no han sido objeto de atención por el legislador, mereciendo ser destacados los siguientes:

– No se dice nada sobre los efectos de la extinción automática por disconformidad con el planeamiento, mencionada con anterioridad, en cuanto a la propiedad de la edificación superficiaria parcial o totalmente realizada.

– En ese mismo caso de extinción automática por disconformidad con el planeamiento tampoco se establece con claridad si los derechos reales constituidos sobre el derecho de superficie se extinguen o se mantienen, puesto que la primera alternativa se prevé para la extinción por transcurso del plazo de duración, mientras que la segunda se aplica a cualquier otra causa por la cual *se reúnan los derechos del dueño del suelo y del superficiario*; como parece que la extinción del derecho de superficie no resulta compatible con su consolidación en el derecho de propiedad, aparece la duda acerca de la solución aplicable en caso de extinción por disconformidad con la legislación urbanística.

– Tampoco hay regulación alguna del problema representado por la destrucción de la edificación estando aún vigente el plazo de duración del derecho de superficie; en especial del problema que planteará la inexistencia de interés alguno en reconstruir por parte del superficiario, y de la consiguiente paralización del proceso edificatorio que la admisión de tal derecho, o el litigio sobre su existencia, pueden provocar; naturalmente la extinción automática decretada en vía administrativa no plantea esa cuestión, pero si se trata de superficie otorgada por personas privadas el tema es muy diferente.

4.^a La inseguridad jurídica en que se mueve el derecho de superficie hace que sea muy poco atractivo como objeto de garantías reales, dificultando al superficiario el acceso al crédito hipotecario para financiar la construcción y representando, por consiguiente, un importante obstáculo para el eficaz desenvolvimiento de este derecho real.

5.^a El derecho de superficie presenta muy distintos matices cuando se trata de realizar edificaciones de reducido valor económico y que el superficiario va a incorporar a un proceso productivo del cual constituyen meros accesorios; si la regulación administrativa resulta ya ineficiente cuando se aplica a la actividad de promoción inmobiliaria, que es la tenida en cuenta por el legislador, aplicada a estos otros supuestos los problemas se agravan; especialmente podemos preguntarnos por el sentido que tiene, en esos otros supuestos, el establecimiento de plazos para edificar en el título constitutivo (que en la legislación urbanística parecen preceptivos), o la exigencia de rigurosos requisitos formales, cuyos beneficios son evidentes cuando el derecho se utiliza para la promoción inmo-

biliaria pero que quizá sean prescindibles tratándose de esas otras utilidades.

Esta relación podría prolongarse mucho más, pero como resumen de este resumen podríamos afirmar que la regulación urbanística del derecho de superficie para edificar es imperativa cuando no debe serlo, carece de preceptos dispositivos donde debería tenerlos, y, con todo ello, contribuye a incrementar la inseguridad jurídica de este derecho real más que a reducirla; por si ello fuera poco ha quedado absolutamente desfasada, ante la aparición de nuevas utilidades del derecho de superficie no previstas en esa legislación, y de nuevas soluciones jurídicas para las previstas, sin que estas últimas alternativas estén directamente sometidas a las consecuencias de la restrictiva regulación del derecho de superficie llevada a cabo por esa legislación urbanística. Si tal régimen jurídico sirve para la actividad administrativa, cosa que también dudamos, reservémoslo para ella, porque quizá nunca fue tan cierta como en este ámbito la afirmación de que la mejor regulación es la que no existe.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO-PRIVADO GENERAL: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PRINCIPIO CENTRAL Y EL DERECHO DE SUPERFICIE PARA EDIFICAR³

2.1 CONCEPTO Y ESTRUCTURA

A falta de una definición general en el Código Civil (en lo sucesivo CC), la doctrina y la jurisprudencia vienen considerando al derecho de superficie como un derecho real que, en lo que podríamos considerar como su versión normal o íntegra, permite a su titu-

³ Parece necesario precisar que el concepto de edificación utilizado en este trabajo ha de entenderse en sentido muy amplio, incluyéndose supuestos que encajarían más propiamente en el término «instalación», frecuente ya en la legislación urbanística; sin embargo, por respeto a la denominación clásica y más usual, hemos preferido mantener la referencia a la superficie para edificar.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil, volumen III, tomo 2, Derechos Reales en particular*, Madrid, 2012, p. 158, plantean la conveniencia de utilizar el término construcción, en tanto más amplio que edificación, al analizar los supuestos de accesión contemplados en el Código Civil; concretamente afirman, con cita de jurisprudencia, que «El artículo 361 y siguientes, referidos a la edificación en suelo ajeno, abarca todas las hipótesis en que hay una incorporación permanente al suelo, a las construcciones de todo género a él adheridas, según el artículo 334.1.º». Con todo, el alcance del término «adheridas» no deja de plantear problemas interpretativos en relación con nuestro trabajo, cuando se trata de instalaciones de fácil separación que, sin embargo, consideramos adecuado encuadrar entre las finalidades que pueden albergarse bajo el derecho de superficie. Por eso tampoco utilizamos el término «superficie para construir».

lar edificar, sembrar o plantar, en suelo ajeno, haciendo suya temporalmente la propiedad de lo edificado, sembrado o plantado⁴.

Se suele aludir también a la existencia de una doble fase en el desenvolvimiento de este derecho: en la primera etapa la edificación, plantación o siembra, aún no han comenzado, pasando a primer plano la facultad otorgada al superficiario para desarrollar esas actividades sobre el suelo ajeno y el plazo que se haya podido establecer a tal efecto; posteriormente, a medida que se va desarrollando la edificación, plantación o siembra, y muy especialmente tras su culminación dentro del plazo previsto y hasta la extinción del derecho de superficie, ese lugar prioritario pasa a ocuparlo la situación conocida como «propiedad superficiaria», cuyo objeto inmediato es lo edificado, sembrado o plantado, por el titular; no está tan claro si la primera fase se consume y agota con la edificación, o bien continúa en estado de «latencia», para el caso de que se destruya esta última antes de extinguirse el derecho de superficie⁵.

En esta segunda fase es frecuente aludir a la derogación que supone el principio de superficie respecto al principio jurídico de la accesión, proclamado en el artículo 358 CC»⁶.

2.2 EL TÍTULO CONSTITUTIVO COMO PRINCIPAL FUENTE REGULADORA

Como es sabido el CC se limita a mencionar el derecho de superficie en su artículo 1611 párrafo tercero; lo hace para asimilarlo a los foros y subforos, cuya regulación se remite a su vez, mediante el artículo 1655 del propio CC, a las disposiciones del censo enfiteútico o de los arrendamientos (según la superficie haya sido constituida por tiempo indefinido o por tiempo limitado, respectivamente). La falta de una regulación expresa se puede resolver, en línea de principio y sin perjuicio de lo que diremos más adelante sobre esta cuestión, mediante el recurso a los pactos con-

⁴ Por todos: CÁMARA ÁGUILA, en *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, coordinado por BERCOVITZ, p. 313, Madrid, 2013, lo define como «el derecho real de tener y mantener sobre un inmueble ajeno una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida, normalmente, mediante el ejercicio del derecho anejo de sembrar o plantar».

⁵ Cuestión fundamental que abordaremos en el epígrafe 9 de este trabajo.

⁶ CÁMARA ÁGUILA, ob. cit., p. 313; Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en *Sistema de Derecho Civil, volumen III, tomo 2, Derechos Reales en particular*, Madrid, 2012, p. 124, especifican que se trata de una derogación *convencional* del citado principio de accesión, sin duda porque esa separación de la propiedad del suelo y de lo construido, sembrado o plantado, también puede darse en el caso de que tales actividades se hayan desarrollado de buena fe en suelo ajeno, al menos hasta que el dueño del suelo opte por adquirir la edificación, plantación o siembra y efectivamente pague el importe correspondiente a quien, hasta entonces, ha de ser considerado como su propietario, como los citados autores destacan en la p. 159.

tenidos en el contrato, o, por utilizar un término más amplio y usual, en el título constitutivo del derecho de superficie.

De acuerdo con la regla general y fundamental del Derecho civil patrimonial, esos pactos configuradores del derecho de superficie no estarán sometidos a más limitaciones que las propias del principio de autonomía privada, contemplado en el artículo 1255 CC⁷; aunque dicho precepto se refiere directamente al perfeccionamiento de contratos, se trata de un principio erigido en piedra angular de todo el Derecho civil patrimonial, aplicable también a los contratos orientados a constituir derechos reales (al menos como regla general, de acuerdo con lo que veremos en el epígrafe siguiente).

2.3 APLICACIÓN CONCRETA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD A LOS DERECHOS Y SITUACIONES JURÍDICO-REALES

Como ya adelantamos el principio de autonomía de la voluntad, contemplado en el artículo 1255 CC, también resulta aplicable a los contratos en virtud de los cuales se crean, transmiten, modifican o extinguen, derechos o situaciones jurídico-reales; de hecho se incluye, incluso de manera expresa, en el régimen civil sustantivo aplicable a algunas de esas situaciones jurídico-reales concretas, entre las que podemos citar, a título de meros ejemplos, las siguientes:

1. En relación con el derecho real de usufructo, el artículo 467 CC establece claramente la prioridad de los pactos contenidos en el título de su constitución.
2. Tratándose de los derechos de uso y habitación, el artículo 523 CC también remite la regulación de las facultades y obligaciones del usuario, y del que tiene derecho a habitación, al título constitutivo de esos derechos, y solo en defecto de previsión concreta se remite al contenido del propio CC.
3. En el caso de las servidumbres, el artículo 598 CC destaca igualmente la preeminencia del título constitutivo, cuando se trata de la determinación de los derechos del predio dominante y las

⁷ La consideración de la autonomía privada como principio general del Derecho, en tanto idea fundamental que inspira toda la organización de nuestro Derecho Privado, así como su relación directa con el artículo 1.255 CC (sin olvidar tampoco el artículo 1.092 del propio texto legal), ha sido una constante entre los autores procedentes de este ámbito del Derecho. Consideramos que ese principio básico de autonomía privada, así como su relación con la libertad individual y los derechos de la personalidad, ha sido magistralmente perfilada y sistematizada en DIEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil, volumen I*, Madrid, 2012, pp. 367 a 383.

obligaciones del sirviente, otorgando carácter supletorio a las prescripciones del Código Civil.

4. Refiriéndose a la comunidad de bienes, el artículo 392 CC dispone asimismo que las prescripciones del Código Civil solo se aplican a falta de contratos entre los comuneros, o de disposiciones especiales.

Los argumentos citados han llevado a la doctrina a afirmar la falta de necesidad de acudir a la creación de derechos reales atípicos de goce sobre bienes inmuebles, en tanto el legislador permite indubitadamente el recurso a la modificación o apertura de los derechos reales típicos, para adaptarlos a los intereses concretos perseguidos por las partes⁸. Esto no significa que no hayan de respetarse aquellas normas que tengan carácter de imperativas y cuya modificación quedaría, por tanto, al margen de la autonomía de la voluntad, de acuerdo con la redacción del propio artículo 1255 CC; pero la consideración de una norma como imperativa constituye la excepción y no la regla, al contrario de lo que nos encontraremos al analizar el régimen urbanístico del derecho de superficie⁹.

3. ESTRUCTURA JURÍDICO-PRIVADA DEL DERECHO DE SUPERFICIE PARA EDIFICAR

3.1 SUJETOS Y CAPACIDAD

Los sujetos principales son el concedente del derecho, que en la mayoría estadística de supuestos será el propietario del inmueble gravado, y el superficiario, o titular del derecho de superficie; la capacidad precisa para constituir este derecho es la necesaria para realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles, vinculada a su vez a la mayoría de edad por aplicación de lo dispuesto en el artículo 322 CC; tratándose de menores sometidos a patria potestad o tutela, los padres o tutores precisarán autorización judicial para constituir el derecho de superficie sobre los bienes inmuebles

⁸ Como destaca Díez-PICAZO: «Autonomía privada y derechos reales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 513, abril-julio 1976, pp. 273 y ss.

⁹ La cuestión sobre el predominio de la autonomía de la voluntad en la regulación de los derechos reales, cuando ha sido clara y terminantemente manifestada en el título constitutivo de los mismos, no ha de confundirse con el problema relativo al alcance de las manifestaciones de las partes en cuanto a la constitución de un derecho real o de una mera obligación, ya que en este caso la propiedad se presume libre. Sobre la importante diferencia a que estamos aludiendo, ver, por todos: BERCOVITZ: *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, Madrid, 2013, p. 33, o Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en general. vol. III, tomo I*, Madrid, 2012, p. 42.

de sus hijos o pupilos, según los artículos 166 y 271.2.º CC; en caso de representación voluntaria, el representante necesitará mandato expreso, de acuerdo con el artículo 1713 del propio CC.

3.2 OBJETO DEL GRAVAMEN

3.2.1 La finca

Obviamente el objeto afectado por el derecho de superficie ha de ser un bien inmueble; durante lo que hemos dado en considerar como primera fase en el desarrollo del derecho de superficie, y hasta que la propiedad separada de la edificación pase a primer plano, el objeto inmediato de este derecho será, normalmente, esa porción de superficie terrestre delimitada por una línea poligonal cerrada que tradicionalmente se venía identificando con la finca en sentido material o real; tampoco parece posible rechazar la constitución de un derecho de superficie para edificar (o, más bien, para «mejorar») sobre elementos privativos de un edificio preexistente en régimen de propiedad horizontal (por ejemplo: para convertir el local comercial en una vivienda).

Parece además indiscutible la posibilidad de establecer este derecho sobre o bajo edificaciones preexistentes, en concepto de sobreelevación o subedificación superficiaria¹⁰ y en el marco de la propiedad horizontal o del complejo inmobiliario; todo ello sin perjuicio de las alternativas representadas por los derechos reales de vuelo y subsuelo de un edificio.

Y, por supuesto también parece viable que la propia superficie tenga por objeto el derecho real de vuelo o subsuelo de un edificio,

¹⁰ Siempre en relación con su acceso al Registro podemos citar la RDGRN de 15-2-2012 (RJ 2012/5948); se trataba de la constitución de derecho de superficie sobre algunas naves de una finca y para la instalación de placas fotovoltaicas; el registrador rechazó la inscripción, entre otros motivos porque el derecho no se constituía sobre la totalidad de la finca ni se individualizaban previamente las porciones de la misma afectadas por aquél, como exige el principio de especialidad; la Dirección General admitió el recurso planteado por los presentantes del título, afirmando que «para la inscripción del derecho de superficie constituido en el presente caso –sobre la cubierta de determinada nave industrial que se describe íntegramente– no es necesaria la segregación o individualización a que se refiere el Registrador en su calificación, ya que cumple las exigencias derivadas del principio de especialidad y de la concreta regulación legal en esta materia (arts. 9 y 30 LH art. 9 EDL 1946/59 art. 30 EDL 1946/59 y 51 Reglamento Hipotecario), al constar suficientemente definida la finca cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretende, de modo que conforme a lo anteriormente expuesto resulta compatible con la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales y el desenvolvimiento de la institución registral». La DGRN alude a la inexistencia de actividad urbanizadora y por ello de riesgo para la formación de núcleo de población, pero precisamente para garantizar que es la administración urbanística la llamada a decidir cuándo existe o no ese riesgo se estableció la certificación de inecesidad de licencia de segregación, como alternativa a la propia licencia.

o bien la eventual constitución de superficie sobre un derecho de superficie, aunque a estas últimas figuras, claramente diferenciables de la sobreelevación o subedificación superficiaria, y del propio vuelo o subsuelo de un edificio aludidos en el párrafo anterior, nos referiremos luego desde la perspectiva de la constitución de superficie por el titular de un derecho real limitado¹¹.

3.2.2 Especial alusión al vuelo o subsuelo de un terreno

El artículo 350 CC contempla el vuelo y el subsuelo como extensiones naturales de las facultades o del objeto del derecho de propiedad de un terreno, sin que tampoco existan límites o linderos verticales precisos que concreten esa extensión; los operadores jurídicos venían entendiendo dicho precepto como una norma imperativa, vinculada al principio de accesión recogido, a su vez, en el artículo 358 CC; también se tendía a considerar que las únicas excepciones a tal principio eran el derecho de vuelo o subsuelo de un edificio (que se desarrollaba en el marco jurídico de la propiedad horizontal, siendo el suelo elemento común), y el derecho de superficie¹².

Pero eso sucedía en un tiempo durante el cual el Derecho aspiró a ser coherente y a desarrollarse como ciencia; en el panorama actual la orientación de esos operadores jurídicos parece estar dirigiendo definitivamente hacia tesis más bien favorables a considerar dicho precepto como mera presunción, y no como norma imperativa. La ampliación de excepciones al principio de accesión se inicia entre los difusos contornos de las situaciones de prehorizontalidad, mediante la admisión de los pactos constitutivos de una comunidad de bienes, con distribución de las edificaciones futuras entre los comuneros y pacto de adquisición de sus respectivas propiedades privativas a medida que se construyesen; la inscripción de tan peculiar situación jurídica se admitió por la RDGRN de 18-4-1988 (RJ 1988/3358)¹³.

¹¹ En el apartado 3.2.4 de este trabajo.

¹² De hecho, como destacara brillantemente SOTO BISQUERT: «El derecho de vuelo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 485, julio-agosto 1971, p. 932: «El principio de accesión inmobiliaria que el CC recoge en el artículo 358, puede tener modalidades e incluso supuestos de inversión (caso del 1404, párr. 2.º del C.c.), pero solo tiene dos excepciones fundamentales: el derecho de superficie y la propiedad horizontal» (marco de desenvolvimiento normal del derecho de vuelo para el citado autor que, obviamente, no parecía apoyar la posibilidad de segregar el vuelo y el subsuelo de un terreno como objetos independientes).

¹³ En el supuesto decidido por dicha resolución de 18-4-1988 estaba inscrita una finca como objeto de comunidad, así como unos pactos entre los comuneros sobre la distribución entre ellos de edificaciones futuras; todo ello de acuerdo con la generalizada tendencia a admitir la inscripción de meras obligaciones, contra lo dispuesto en la regla

Hoy parece haberse afirmado definitivamente la posibilidad jurídica de que el propio vuelo o el subsuelo de un terreno, no ya necesariamente de un edificio preexistente, constituyan fincas independientes, previa la correspondiente «segregación vertical» y mediante la constitución de esa extraña figura denominada complejo inmobiliario, cuyos límites y alcance concreto se desconocen más allá de la imprecisa definición contenida en el artículo 24 de la LPH¹⁴. Incluso es posible que tal independencia pueda darse prescindiendo del establecimiento del citado complejo, aunque para resolver los complicados problemas de interrelación entre el vuelo y el subsuelo tengamos que recurrir a aplicar analógicamente las normas sobre la servidumbre de medianería, constituyendo su objeto, en estos casos, una «franja medianera horizontal» de grosor inconcreto. Esta corriente favorable a la «propiedad del espacio», que hemos expuesto críticamente en otro trabajo¹⁵, ha sido asumida por la DGRN¹⁶ y ha encontrado apoyo en la doctrina del Tribu-

general del artículo 98 LH, y, en el caso concreto, tratándose de una comunidad ordinaria (no de un supuesto en el cual pudiera aplicarse la regla especial contenida en el artículo 5 de la LPH para los estatutos). Solicitada la inscripción directa de las respectivas edificaciones, una vez realizadas, a nombre de cada uno de los comuneros, el registrador la denegó; entendía, a nuestro juicio con correcto criterio, que, de acuerdo con el principio de accesión, habían de inscribirse todas a nombre de la comunidad propietaria del suelo. La DGRN admitió el recurso gubernativo, con la consiguiente admisión de la eficacia de dichos pactos entre los comuneros para disponer del citado principio. Tal resolución fue citada en nuestro trabajo: LÓPEZ FERNÁNDEZ: «Régimen jurídico de la utilización urbanística del subsuelo», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 219, julio-agosto 2005, pp. 33-35, como fundamento de una posible alternativa a los fines perseguidos con la constitución de un derecho de superficie; obviamente sin que a la mencionada comunidad le fuera aplicable el régimen urbanístico de este último derecho con sus carencias, limitaciones e incertidumbres.

¹⁴ Como sabemos, el mencionado artículo 24 LPH establece que: «1. El régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del CC será aplicable aquellos complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos: a) Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales. b) Participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios». Pero: ¿puede ser parcela el vuelo o el subsuelo?: según el artículo 17 de la Ley 8/2007 (26 del vigente TRLS de 2015), la respuesta es positiva. Por otro lado: ¿la instalación o servicio base del elemento comunitario puede tener una duración o carácter meramente temporal (por ejemplo: un local, un piso o, más aún, una instalación desmontable)?; en caso afirmativo: ¿qué sucede si se destruye y nos quedamos sin «elemento comunitario», sin existir tampoco previsión alguna al respecto? Demasiadas preguntas sin respuesta para que sean soportadas por el «principio de especialidad» que habría de presidir la materia de derechos reales.

¹⁵ LÓPEZ FERNÁNDEZ: «Régimen jurídico de la utilización urbanística del subsuelo», ob. cit., especialmente, pp. 11-58.

¹⁶ Especialmente interesante es la RDGRN de 13-5-1987 (RJ 1987/3855), referida al subsuelo pero perfectamente extrapolable al vuelo, en la cual se admitió la inscripción de una unidad subterránea formada por la agrupación de diversas porciones de subsuelo previamente segregadas de otras fincas; con mayor imprecisión en cuanto al alcance del derecho transmitido también pueden citarse los precedentes de las resoluciones de la DGRN de 5-2-1986 (RJ 1986/1006) y 28-10-1988 (RJ 1988/8002). En esta última resolución citada, de 28-10-1988, se había cedido una finca al Ayuntamiento de Palafrugell por

nal Supremo¹⁷; más recientemente tal línea de pensamiento se ha incorporado también al concepto material de finca, y no al meramente registral, a través de la legislación urbanística¹⁸.

Superando claramente cualquier vestigio de comunidad en relación con el suelo, imposible en el caso que vamos a plantear, esta misma legislación urbanística ha acudido al citado complejo inmobiliario para consagrar otra línea doctrinal de la DGRN que, siempre bajo la exclusiva guía de lo que a simple vista parece más conveniente, admitió incluso la superposición de instituciones tan distintas en nuestra tradición jurídica como puedan serlo el dominio público del vuelo y la propiedad privada del subsuelo¹⁹.

una sociedad inmobiliaria, reservándose esta el derecho a construir en el subsuelo de la finca un garaje o almacén de unos 408 m². De la Resolución se deduce que el derecho constituido (que el titular procedió a vender luego por cuotas, sin poderse saber si lo transmitido era el derecho a construir o plazas futuras) era un derecho transmisible y perpetuo, similar al derecho de superficie, cuya constitución limitada al subsuelo resulta perfectamente posible. Es cierto que la DGRN solo resolvió sobre la posibilidad de inscribir la venta de las cuotas antes de constar la declaración de obra nueva del garaje, partiendo de la previa inscripción de ese derecho real atípico similar a una superficie perpetua y sin plazo para construir que no fue ni podía ser impugnada, pero también que no hizo ninguna observación sobre ese particular, como normalmente sucede en tales casos.

¹⁷ En el fundamento de derecho segundo de la STS de 23-6-1998 (RJ 1998/4744), relativa a un supuesto de usucapación *contra tabulas* del vuelo de una finca, puede leerse literalmente que «En todo caso, el derecho de propiedad se extiende al vuelo y si éste está desgajado del anterior, el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad».

¹⁸ El artículo 26.1.a) del TRLS de 2015, siguiendo fielmente la regulación establecida en el artículo 17.1.a) de la Ley 8/2007, establece que: «Constituye: a) Finca: la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral». Parece extraña la posibilidad, derivada del tenor literal de dicho precepto, de una segregación que diera lugar a la existencia de una finca situada exclusivamente en la rasante, otra en el vuelo (del terreno, no confundir con el derecho real de vuelo sobre un edificio preexistente), y otra en el subsuelo, ya que la situada en la rasante carecería de grosor y utilidad alguna; también parece criticable introducir la posibilidad de segregaciones por planos perpendiculares a un eje vertical, en un sistema cualificado por la inexistencia de linderos fijos relativos a la extensión del dominio hacia arriba o abajo cuando se trata de inmuebles por naturaleza, es decir de porciones de superficie terrestre. Lo cierto, pese a las críticas que ya hemos expuesto en LÓPEZ FERNÁNDEZ: «El subsuelo...», ob. cit., pp. 11-58, es que la situación de la finca en la rasante, en el vuelo, o en el subsuelo, no parece limitarse, en la Ley 8/2007 y en el TRLS de 2015, a la «unidad de edificación», sino también a la «unidad de suelo», ya que tal interpretación es coherente con la doctrina anterior de la DGRN; además de que, de referirse el precepto a la «unidad de edificación», solo se estaría destacando la obviedad de que la misma puede situarse sobre o bajo la rasante. Pero hasta esta interpretación resulta dudosa en la vaguedad, quizá deliberada, con que se expresa la legislación urbanística vigente.

¹⁹ Concretamente el artículo 26.5 del TRLS de 2015, en su redacción actual, establece que: «Cuando los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público se constituirá un complejo inmobiliario en el que aquéllas y ésta tendrán el carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa la desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público. Tales fincas podrán estar constituidas, tanto por edificaciones ya realizadas, como por suelos no edificados, siempre que su configuración física se ajuste al sistema parcelario previsto en el instrumento de ordenación». Su precedente está en la resolución de la DGRN de 5-4-2002

Probablemente esa individualización de espacios, sobre y bajo un terreno, exija la previsión de edificabilidad en el subsuelo por el planeamiento, ya que de otro modo la utilidad de la finca subterránea residual sería nula y la segregación carecería de sentido, como afirmaremos más adelante; pero tampoco esta condición, ni ninguna otra que circunscriba el citado complejo inmobiliario a una comunidad especial sobre la totalidad del suelo sobre el cual se proyecta, o a una situación de prehorizontalidad, con inscripción previa de declaración de obra nueva en construcción, así como del correspondiente título constitutivo, quedan claramente establecidas.

Parece entonces que tales situaciones jurídicas pueden configurarse como indefinidas o ser sometidas a término final, estableciendo en el correspondiente título constitutivo el momento y las condiciones de la «consolidación» de la propiedad de las edificaciones situadas en vuelo y subsuelo, o del mismo vuelo o subsuelo, cuando esas edificaciones desaparezcan o queden en situación de ruina; todo ello podrá tener lugar en el ejercicio de la autonomía de la voluntad aplicada a las situaciones jurídico-reales en general; otra cuestión será la necesidad de que ese mismo título constitutivo, que pudiera incluso remitirse a un concreto proyecto técnico, regule los problemas derivados de una más que posible interrelación arquitectónica entre las construcciones respectivas, estableciendo en su caso las servidumbres correspondientes; porque el folio registral lo soporta todo, pero en el mundo real no suele suceder lo mismo²⁰. Parece también indudable la necesidad de admitir que el dueño de cada uno de esos espacios, cuando sean objeto de las correspondientes «propiedades separadas», pueda a su vez otorgar a un tercero un derecho de superficie, para que sea el superficiario quien realice las construcciones correspondientes.

3.2.3 Constitución de superficie en parte de una finca y parcelación urbanística: doctrina de la DGRN

La doctrina sentada en la resolución de la DGRN de 16-6-2012 (RJ 2012/10062) entendió que no constituía segregación la consti-

(RJ 2002/8121), presentada y criticada ampliamente en nuestro trabajo LÓPEZ FERNÁNDEZ: «Apuntes de «jurisprudencia registral», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 204, septiembre de 2003, pp. 102-115; más resumidamente en LÓPEZ FERNÁNDEZ: «El subsuelo...» ob. cit., pp. 43-52.

²⁰ En medio de esta panorámica establecer plazos máximos de duración del derecho de superficie, o imponer otros plazos o requisitos al superficiario bajo amenaza de extinción automática de su derecho, como luego veremos que hace la legislación urbanística reguladora de la superficie, parecen soluciones bastante discordantes; por ello consideramos que dicha regulación urbanística, sin perjuicio de los demás inconvenientes que leremos atribuyendo, puede calificarse como rotundamente desfasada.

tución de derechos de superficie, aunque fuera sobre partes perfectamente determinadas de unas fincas, para la instalación por el superficiario de un parque eólico; el registrador, por el contrario, había denegado la inscripción, por considerar que era necesaria licencia municipal de segregación para constituir derechos que atribuyan el uso exclusivo sobre porciones determinadas de terreno, ya que a su juicio se trataba de un supuesto de parcelación encubierta.

El problema es que la DGRN resolvió el supuesto por acumulación de razones diversas y quizá no demasiado bien coordinadas entre sí, al afirmar que:

«...conforme a la legislación de Galicia, sólo la división de terrenos que se haga con la finalidad de urbanizarlos o edificarlos cae dentro del supuesto legal de parcelación, lo que lleva al inmediato rechazo de la exigencia de acreditación de licencia de parcelación para que pueda llevarse a cabo la inscripción... no puede afirmarse que estemos en presencia de un negocio equiparable al de parcelación urbanística: si se tiene en cuenta que la constitución de un derecho de superficie en los términos expresados, aunque implique una división del aprovechamiento de las fincas sobre que se constituye, carece de carácter permanente pues viene determinado por la duración temporal del derecho y que por otro lado aunque existe división de aprovechamiento no se hace de modo exclusivo pues, salvado el contenido propio del derecho del superficiario, el propietario mantiene facultades de uso y aprovechamiento sobre la porción respecto de la que se constituye el derecho, es forzoso concluir que no estamos ante un supuesto equiparable al previsto legalmente de parcelación... no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce –reales o personales– concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen (vid. arts. 469, 517, 523 y siguientes, 545, 553, 564 y 1.582 del CC y 4 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), siempre y cuando quede suficientemente determinado (máxime si se trata de un derecho inscribible) la porción de la finca sobre la que recaerá tal derecho de goce (vid. arts. 1261 y 1273 y siguientes del CC, 9-1.º de la LH y 51 del Reglamento Hipotecario)».

No está claro, por tanto, si la verdadera razón de la resolución adoptada se debió a todos o solamente a alguno de los siguientes motivos:

a) Al concepto de parcelación establecido en la legislación gallega, dado que es la competente para indicar las sometidas a licencia según el artículo 17.2 de la Ley 8/2007 (26.2 del TRLS de 2015); recordemos que tal legislación identifica ese concepto exclusivamente con las divisiones para «urbanizar» o «edificar».

b) A que el derecho constituido es meramente temporal.

c) A que el propietario del suelo también se reserva aprovechamientos parciales del terreno ocupado por las instalaciones superficiarias.

d) A que el Derecho privado no plantea inconveniente para el establecimiento de derechos reales sobre parte de una finca.

En este sentido parece necesario resumir que la legislación urbanística ha regulado desde sus inicios las parcelaciones, imponiendo que las realizadas en suelos urbanizados se adaptasen a la estructura parcelaria prevista en el planeamiento, y prohibiendo las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizado; por parcelaciones urbanísticas se han entendido, también tradicionalmente, aquellas que por su estructura y circunstancias pudieran dar lugar a la formación de núcleos de población (las usualmente denominadas «urbanizaciones ilegales»). Con independencia de que podamos estar o no de acuerdo con su contenido, lo cierto es que la legislación urbanística autonómica, así como la estatal actualmente vigente²¹, imponen la necesidad de que las divisiones y segregaciones de terrenos, en tanto van a dar lugar a una nueva configuración parcelaria, se adapten al régimen establecido para las parcelaciones; pero se añade también una relación de actos que se consideran equivalentes a la división o segregación por sus efectos, tales como la formación de comunidad de bienes, o sociedades titulares de un terreno, que distribuyan el uso exclusivo de espacios determinados entre los comuneros o socios.

En la legislación estatal se ha impuesto además a notarios y registradores, al otorgar e inscribir las correspondientes escrituras, el testimonio y verificación de la acreditación documental de las autorizaciones a que pudieran estar sometidos esos actos, de acuerdo con la legislación autonómica aplicable²²; la extensión, por vía legal, de los requisitos para escriturar e inscribir divisiones y segregaciones a esos otros actos de efecto equivalente, tuvo su origen en una acertada doctrina de la DGRN sobre las comunidades con distribución exclusiva de espacios entre los comuneros²³; aunque luego llegara al exceso de aplicar también esos requisitos a la transmisión de cuotas de una comunidad preexistente, sin distribución exclusiva de espacios y siempre que la legislación autonómica aplicable estableciera también para tales comunidades una presunción de parcelación²⁴; pero posteriormente recondujo su doctrina en cuanto a esas comunidades previamente constituidas²⁵.

²¹ Artículo 17.2 de la Ley 8/2007 (26.2 del TRLS de 2015).

²² Actualmente, en el párrafo segundo del artículo 26.2 del TRLS de 2015.

²³ RDGRN de 2-9-2000 (RJ 2000/10196), entre otras muchas.

²⁴ RDGRN de 23-7-2005 (RJ 2005/6873).

²⁵ RDGRN de 24-5-2012 (RJ 2012/7940).

También se excedió la DGRN del tenor literal de la legislación existente al extender la exigencia de control administrativo previo, impuesto para las escrituras, a la inscripción de segregaciones derivadas de sentencia firme²⁶; luego rectificó igualmente este criterio²⁷. Este vaivén puede ser comprensible por la complejidad que plantea adaptar el elaborado Derecho registral a la cada vez más inaprensible, dispersa y un tanto caótica legislación urbanística, pero no por ello deja de ser criticable²⁸.

Lo que resulta con claridad de esos precedentes es que las exigencias legales impuestas a notarios y registradores de acreditar y verificar, respectivamente, la existencia del control administrativo previo, no se entendieron nunca por la DGRN como supuestos excepcionales, aunque fueran restrictivas de las facultades dominicales²⁹ (en el caso concreto, del libre acceso al Registro de la Propiedad). Por eso resulta del todo razonable la duda en cuanto a si también la constitución de derechos reales relacionados con el uso exclusivo de una finca, como pudiera ser el usufructo, o, en el supuesto que nos ocupa, el derecho de superficie, en tanto se refieran solamente a una parte de aquella, podían considerarse como parcelaciones encubiertas, siendo por tanto exigible la acreditación del control administrativo previo.

A nuestro juicio parece que la razón determinante del rechazo a esa asimilación, en el caso que diera lugar a la RDGRN de 16-6-2012 (RJ 2012/10062), fue que, si bien la finalidad del derecho de superficie consistía en realizar edificaciones, al menos entendido el término en el sentido amplio que venimos utilizando e incluso de las construcciones e instalaciones en general, en este supuesto no se trataba de instalaciones destinadas a usos que pudieran dar lugar a

²⁶ RDGRN de 29-4-2003 (RJ 2003/4472).

²⁷ RDGRN de 4-10-2005 (RJ 2005/7284).

²⁸ Para un análisis detallado de todas estas cuestiones puede consultarse nuestro trabajo: LÓPEZ FERNÁNDEZ, *Legislación urbanística e inscripción registral*, Pamplona, 2009, pp. 97-151.

²⁹ En contraste sorprendente con la doctrina de la propia Dirección General sobre la licencia exigida por esa misma legislación urbanística para inscribir declaraciones de obra nueva; porque incluso habiéndose extendido esta última exigencia expresamente y mediante una norma reglamentaria, como es el RD 1093/1997, a los títulos constitutivos de la Propiedad horizontal que modificaran dicha declaración de obra nueva, la RDGRN de 16-1-2002 (RJ 2002/4587) afirmó que tal reglamento era ilegal en este punto y no debía ser aplicado, todo ello pese a la falta de declaración alguna en tal sentido por la Jurisdicción Contencioso-administrativa (?); lo hizo afirmando también que «*dado el principio de libertad que rige el dominio, las limitaciones al mismo han de resultar de la ley y ser interpretadas restrictivamente*»; es decir, que las exigencias para inscribir declaraciones de obra nueva no podían ser aplicadas a la modificación de las mismas mediante un acto distinto, aunque de efecto equivalente, como es el título constitutivo de la Propiedad horizontal. Ha sido necesario que la Ley 8/2013 diera nueva redacción al artículo 10 de la LPH para terminar con esta curiosa y sostenida tesis de la DGRN, totalmente contradictoria con la que mantenía sobre divisiones y segregaciones.

núcleos de población imprevistos en el planeamiento; creemos que así debe interpretarse la oscura norma autonómica gallega, de acuerdo con la cual se consideran parcelaciones las divisiones para «urbanizar o edificar», una vez considerados los precedentes históricos y legislativos que entroncan con la finalidad perseguida por el Derecho urbanístico y consistente en evitar asentamientos ilegales. Distinto habría de ser el tratamiento del caso, o al menos eso creemos, si se hubiera tratado de la superficie constituida sobre una parte de la finca para la mera instalación de una vivienda prefabricada, que tampoco encajaría en el término «edificación» en su sentido más estricto, pero que sí podría incluirse en un significado más amplio; este supuesto sí tendría que considerarse infracción de la normativa urbanística sobre parcelaciones.

No parece que la posibilidad de constituir derechos reales limitados a una parte de la finca, contemplada por el Derecho Civil e invocada también en la citada RDGRN de 16-6-2012, resulte determinante en estos casos; tal posibilidad debe adaptarse, también en este punto, a la legislación especial promulgada en desarrollo de la función social de la propiedad; tampoco parece ser definitiva, de acuerdo con la propia doctrina de la DGRN, la alusión que hace acerca del carácter meramente temporal de ese derecho de superficie; sobre esta última alegación ha de decirse que la Dirección General admitió que la cesión de participaciones indivisas del usufructo constituido sobre una finca no era división sometida a licencia urbanística, aunque el título constitutivo estableciera que cada usufructuario ejercería su derecho exclusivamente sobre una parte de la finca y que el mismo se transmitiría a los herederos, dentro de los límites del artículo 781 CC «hasta que un cambio normativo permita la división», aunque también ha de considerarse que esa concreción de las cuotas usufructuarias sobre parte de la finca no se inscribió en el caso concreto por entender el citado Centro Directivo que carecía de carácter o trascendencia real³⁰.

Esperamos, con todo, que se haya superado la forma de actuar de algún registro concreto, puesta de manifiesto en la RDGRN de 25-6-1993 (RJ 1993/5324), que admitió el recurso contra la denegación de inscripción de una escritura de declaración de obra nueva de una vivienda unifamiliar, realizada al amparo de un derecho de superficie constituido sobre una parte de la finca; el citado

³⁰ RDGRN de 29-1-2003 (RJ 2003/2201). En LÓPEZ FERNÁNDEZ, *Legislación urbanística e inscripción...* ob. cit., pp. 141-142, criticamos esta resolución, porque en el caso planteado la falta de trascendencia real del pacto sobre concreción del uso en partes concretas de la finca, y la consecuente solución consistente en no inscribirlo, no evitaba su plena eficacia; porque los únicos terceros que adquirirán el usufructo, al menos hasta el límite de la sustitución fideicomisaria, son los herederos de los usufructuarios, que como tales quedan también obligados a respetar dicho pacto.

derecho había sido inscrito en el Registro, sin la previa segregación de la porción de terreno afectada por tal derecho. La Dirección General entendió que *«de ser la segregación necesaria, ello debería haber sido invocado antes de practicar los asientos registrales referidos y no ahora, cuando ya de ellos se desprende, con la fuerza que otorga el principio de legitimación registral, que a todos los efectos, determinada persona tiene, respecto de la finca a que el folio registral se refiere, el derecho a construir en parte de ella la vivienda unifamiliar contemplada en la escritura»*; parece claro que era necesaria la segregación, al tratarse en este caso de superficie destinada a un uso residencial, pero lo cierto es que para saberlo ha de analizarse la clase de edificación que se permite al superficiario en el título constitutivo del derecho de superficie. El efecto equivalente a una parcelación urbanística, y la consecuente necesidad de la licencia de segregación impuesta por la normativa aplicable, se producirán si la superficie se concede para una edificación que, a través del otorgamiento de otros derechos análogos en otras partes de la finca, pueda dar lugar a un núcleo de población.

3.2.4 Superficie sobre derechos reales limitados de goce: regla y excepciones

a) *El concedente no ha de ser siempre «propietario del suelo»*

Acerca de la cuestión relativa a si el derecho de superficie puede constituirse sobre derechos reales limitados de goce, hemos de comenzar diciendo que algunos de los autores que niegan tal posibilidad se basan, fundamentalmente, en la regulación urbanística del derecho de superficie para edificar; más concretamente en la redacción del artículo 53.2 del vigente TRLS de 2015, igual a la de textos precedentes y según la cual *«el derecho de superficie solo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado»*³¹. Ello nos obliga a aludir aquí a esa cuestión, aunque suponga anticipar otra vez la cita de textos legales que más adelante habremos de analizar con más profundidad.

Lo primero que podemos aducir es que, obviamente, y para quienes no compartan la tesis llamada monista según la cual todo derecho de superficie para edificar está regulado prioritariamente por la legislación urbanística, el argumento solo podría utilizarse

³¹ Sobre esta cuestión y las diferentes posiciones doctrinales, remitimos al cuidadoso resumen efectuado por GARCÍA GARCÍA: «El derecho de superficie», en *Bienes en común*, coordinado por NASARRE AZNAR, Valencia, 2015, pp. 743-745.

en el caso de la superficie con fines edificatorios y a la cual le sea plenamente aplicable la mencionada legislación.

Pero, aparte de no dudar que los mismos autores que recurren a la letra de la legislación urbanística sobre la legitimación activa para constituir superficie admiten la eventual *adquisición a non domino* de tal derecho, al menos cuando se trate de la derivada del titular registral no propietario³², también habríamos de considerar lo peligroso que resulta acudir a interpretaciones literales de las normas urbanísticas que utilizan determinados conceptos civiles, porque no es infrecuente que en las mismas se identifiquen los términos «propietario» y «titular de un derecho», especialmente si se trata de un derecho real³³.

Siguiendo con la redacción del artículo 53.2 del TRLS de 2015, no podemos obviar que no legitima activamente para constituir superficie a cualquier propietario, sino solamente al «propietario del suelo»; una interpretación demasiado ceñida a la terminología utilizada por la norma urbanística impediría la constitución de derechos de superficie por el propietario de edificaciones o partes de las mismas, entrando en flagrante contradicción con lo dispuesto inmediatamente antes, en el artículo 53.1 del propio TRLS de 2015, que admite la superficie sobre edificaciones terminadas (ya que el propietario de una parte del edificio solo sería copropietario del suelo).

Para evitar que se nos diga que la superficie sobre edificaciones terminadas no lo es para edificar, y que por lo tanto la norma de que el concedente de esta última clase de superficie haya de ser dueño del suelo no es contradicha por el régimen de la superficie sobre edificaciones, hemos de destacar que tampoco tendría cabida, en interpretación tan literal, la posibilidad de constituir el derecho de superficie por los titulares de elementos privativos de un edificio, en este último caso para rehabilitarlo o reformarlo (por

³² Como destaca la doctrina en relación con la disposición análoga del artículo 1857.2.º CC, que exige la cualidad de propietario para constituir prenda o hipoteca, pudiendo consultarse, en este sentido y por todos, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario, II*, Madrid, 1999, pp. 58-59; también ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario, VII*, Barcelona, 1998, p. 361, o CORDERO LOBATO: *Comentarios al Código Civil*, coordinados por BERCOVITZ, Navarra, 2001, p. 2078, con cita de los anteriores.

³³ El propio CC, en el citado artículo 1.857 y cuando exige que la cosa dada en prenda o hipoteca pertenezca «en propiedad» al que la empeña o hipoteca, no rechaza la prenda o hipoteca de un derecho real limitado, cuya «propiedad» (en el sentido de titularidad) pertenezca a quien la pignora o hipoteca; *mutatis mutandis*, lo mismo podría afirmarse en cuanto al artículo 53.2 TRLS de 2015. El derecho de superficie que grave directamente la propiedad es el que habrá de constituirse por el propietario «sin perjuicio de lo dispuesto en la LH» (que es como tendría que haberse redactado el reiterado artículo 53.2 TRLS); en cualquier caso, la pregunta que seguiría en pie es si el derecho de superficie puede constituirse sobre un derecho real limitado.

ejemplo, convirtiendo un local en vivienda), posibilidad que parece recomendable admitir; sin duda se trata, en estos casos, de derechos de superficie destinados a permitir la «edificación o construcción», por muy rígidos que queramos ser en nuestro apego a la literalidad³⁴.

Además no habría de pasarse por alto la curiosa admisión, por la mismísima Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, aunque sea de modo algo anecdótico, de un derecho de superficie constituido por el titular de una concesión de Dominio Público (no por el dueño del suelo)³⁵.

Por cerrar el catálogo de objeciones al argumento literal, recordaremos que, una vez admitida la difundida corriente partidaria de entender que el vuelo y el subsuelo pueden constituir fincas dotadas de alto grado de independencia³⁶, parece lógico deducir que el propietario de esas fincas pueda otorgar derecho de superficie para realizar las correspondientes edificaciones, a pesar de no ser el «propietario del suelo» al que alude literalmente el artículo 53.2 del TRLS de 2015; quizá también pueda hacerlo el miembro de una comunidad de propietarios de un terreno en la cual se ha incluido el pacto sobre la asignación de edificaciones concretas que cada uno se propone realizar, y que, según la doctrina asumida por la RDGRN de 18-4-1988 (RJ 1988/8002), examinada con anterioridad³⁷, ha dispuesto así válidamente del efecto de la accesión. Por todo lo expuesto, y con el mayor respeto a autores cuya opinión pueda estar mejor fundada que la nuestra, el argumento para negar la constitución de superficie sobre derechos reales limitados ha de basarse en otros criterios; no basta, en modo alguno, con acudir a la redacción literal de un precepto como el reiterado artículo 53.2 del TRLS de 2015, salvo para ampliar aún más la necesidad de sostener la tesis dualista, para lo cual, como veremos, existen otros y sobrados argumentos.

³⁴ Nótese además que el artículo 53.1 TRLS de 2015 dice, tras un punto y seguido situado al final del párrafo referido a la superficie para construir, que «*También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas*»; literalmente interpretado, el precepto no parece autorizar la constitución de derecho de superficie para rehabilitar o mejorar parte de una edificación. Solo parece referirse a la constitución de derecho de superficie sobre edificaciones ya terminadas o partes de las mismas, obviamente también terminadas. O el precepto se reinterpreta, o se añade un elemento más para defender la tesis dualista, o el derecho de superficie no serviría para algo tan frecuente en nuestras fechas como realizar las obras destinadas a convertir locales y naves industriales en los modernos *lofts*, que tanta aceptación están teniendo en el mercado inmobiliario.

³⁵ Se trata de la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 27-3-1995 (RJ 1995/2542), a la cual aludiremos con mayor detalle en el apartado 3.2.5 de este trabajo.

³⁶ Epígrafe 3.2.2 de este trabajo.

³⁷ Epígrafe 3.2.2 de este trabajo.

Mucho mayor entidad podría tener, en esta fase de nuestro estudio y por su evidente naturaleza civil, el alegato de que el derecho de superficie constituye un régimen excepcional respecto al principio de accesión, de manera que solo el propietario tendría legitimación para derogar tal efecto³⁸; pero esta aguda observación tampoco impone que quien constituye directamente el derecho de superficie sea precisamente el propietario del suelo, sino solo que ese acto dispositivo sobre el efecto de la accesión, procedente del citado propietario, se haya producido a favor del concedente de dicha superficie; aunque fuera en un acto jurídico independiente al de constitución de la misma (como sucede en la mayoría de los supuestos que relatamos con anterioridad).

b) *Regla general: no basta la titularidad de cualquier derecho real, aunque sea de goce*

Una cosa es afirmar que el derecho de superficie para edificar no tenga que ser necesariamente otorgado por el propietario «del suelo», pudiendo serlo de edificaciones y partes de las mismas, y otra muy distinta que pueda concederlo el titular de cualquier derecho real limitado; para comenzar, y teniendo en cuenta la finalidad perseguida con el derecho de superficie, esta cuestión solo podría plantearse en relación con derechos reales de goce que atribuyan a su titular facultades edificatorias en relación con un terreno o parte del mismo: se trata, simplemente, de aplicar el principio general de que nadie puede otorgar a otro un derecho que no tiene; pero incluso dándose tal presupuesto la respuesta general ha de ser negativa, al menos por las siguientes razones interrelacionadas entre sí:

1. La constitución de un derecho real limitado, cuando tenga por objeto un terreno, no implica normalmente que el dueño del mismo renuncie a los efectos de la accesión; por tanto tampoco cabría una propiedad separada del «superficiario» que pudiera traer causa del titular del derecho real limitado, de acuerdo con la tesis doctrinal que admitimos en el apartado anterior³⁹.

2. La eventual atribución de algún derecho sobre la edificación por el titular de un derecho real limitado de goce, se produciría sobre la base del citado derecho real, de acuerdo con el principio general plasmado con toda claridad en la propia regulación del usufructo⁴⁰; se trataría de una mera sustitución parcial del conce-

³⁸ GUILARTE: *El derecho de superficie*, 1966, pp. 206-207.

³⁹ GUILARTE: ob. y p. cit.

⁴⁰ El usufructuario solo tiene el derecho que le confiere el artículo 471 CC, y no puede otorgar a otro más derechos que los mencionados en el artículo 480 CC: arrendar la

sionario en el derecho del concedente, y solo en la medida en que dicho derecho de goce se extendiera también a la edificación⁴¹.

3. Tampoco se altera esta regla general por la consideración de que la propiedad de la edificación correspondería provisionalmente al pretendido superficiario, si tuviera la consideración de constructor de buena fe en suelo ajeno y de acuerdo con la mejor interpretación de lo dispuesto en el artículo 361 CC⁴²; porque, aunque el citado precepto fuera aplicable en el caso concreto⁴³, la atribución de esa propiedad al edificante no traería causa del título constitutivo otorgado por el titular de un derecho de goce, sino por ministerio de la ley.

c) *Eventuales excepciones: la constitución de superficie para edificar por los titulares de derechos de vuelo o subsuelo de un edificio y la subsuperficie*

Creemos que ambos casos pueden considerarse como excepciones a la regla general, anteriormente defendida, según la cual los titulares de derechos reales de goce no pueden constituir superficie a favor de terceros; siempre, claro está, que en el título constitutivo de tales derechos el propietario no lo haya prohibido, o bien que de la interpretación del mencionado título no pueda deducirse la relevancia causal que tuvieron las circunstancias personales de sus titulares. Aunque la complejidad de las situaciones que ahora contemplamos reducirán su aplicación, muy probablemente, a casos de laboratorio, parece conveniente que nos refiramos, aunque sea de manera superficial, a su eventual viabilidad⁴⁴. Tratándose

cosa a otro y enajenar a otro su derecho de usufructo (también parcialmente, porque quien puede lo más puede lo menos).

⁴¹ Como destaca muy acertadamente, en alusión expresa a la superficie que pretendiera conceder el enfiteuta DE LA IGLESIA MONJE: *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Madrid, 2000, p. 200.

⁴² Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en general. Vol. III, tomo I*, Madrid, 2012, p. 159.

⁴³ La doctrina entiende que la normativa sobre la edificación en suelo ajeno, así como la propiedad separada del edificante que transitoriamente pudiera derivarse de ella, no resulta aplicable cuando la actuación se realizó al amparo de una relación jurídica previa en que hubieran intervenido el dueño del suelo y el edificante, manifestándose en tal sentido, por poner solamente algún ejemplo, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en general. Vol. III, tomo I*, Madrid, 2012, p. 159, y ORDÁS ALONSO, *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*, coordinado por BERCOVITZ, Madrid, 2013, p. 195. No obstante en el caso planteado no existe esa relación entre propietario y edificante, aunque ambos tengan relaciones jurídicas distintas con el concedente del pretendido derecho de superficie.

⁴⁴ Tampoco deben confundirse los supuestos a que ahora nos referimos con la eventual existencia de propiedad separada del vuelo o del subsuelo de un terreno, que son los casos analizados en el epígrafe 3.2.2 de este trabajo, ya que en ellos el otorgamiento de superficie lo sería por el propietario de dichos espacios.

del titular de un derecho real que tenga por objeto inmediato el vuelo o el subsuelo de un edificio, no encontramos razones de peso para impedir que pueda otorgar un derecho de superficie con el fin de que sea el superficiario quien sobreleve o subedifique, manteniendo temporalmente la propiedad de las correspondientes construcciones; muy al contrario, tal posibilidad resultaría plenamente conforme con el principio de obtener el máximo rendimiento económico de los bienes inmuebles, posibilitando la efectiva materialización de tales edificaciones aunque el titular del derecho real de vuelo carezca de medios económicos para realizarlas por sí mismo. Tampoco podría alegarse que solo el dueño del suelo puede disponer del principio o derecho de accesión⁴⁵; dicho acto se habría producido ya, con la propia concesión del derecho de vuelo o subsuelo del edificio.

Podría alegarse que en estos casos se trata también de derechos de superficie otorgados por el propietario, ya que el titular del derecho de vuelo o subsuelo de un edificio reúne tal condición, en tanto las edificaciones están llamadas a ser de su propiedad exclusiva, en el marco de un régimen de propiedad horizontal preexistente o proyectado; pero bajo nuestro punto de vista esa propiedad privativa solo existirá cuando la sobreelevación o subedificación haya sido efectivamente materializada, en los términos previstos en el título constitutivo del correspondiente derecho, y atribuida al titular del derecho de vuelo o subsuelo (o, en el caso que estamos planteando, al superficiario).

En cuanto a la subsuperficie, o derecho de superficie constituido sobre la base de otro derecho de superficie⁴⁶, podemos encontrar algún apoyo jurídico para su viabilidad en la genérica posibilidad de que el derecho de superficie puede ser objeto de gravamen «con las limitaciones fijadas al constituirlo», aunque tal previsión se contenga en una legislación urbanística cuyo ámbito de aplicación es discutible, como veremos con más detalle en epígrafes sucesivos; en cualquier caso dicho precepto tampoco añade demasiado a la genérica admisión por el Código Civil de la disponibilidad de todos los derechos subjetivos no personalísimos⁴⁷.

⁴⁵ Según opinión expuesta anteriormente de GUILARTE: *El derecho de superficie*, ob. cit., pp. 206-207.

⁴⁶ Un excelente resumen del estado de la cuestión y de las opiniones doctrinales puede consultarse en VILALTA NICUESA, *El derecho de superficie. La superficie rústica*, Barcelona, 2008, pp. 172 a 174.

⁴⁷ Concretamente, y según el apartado 1 del artículo 41 del vigente TRLS de 2015: «El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo». Por su parte, y como es sabido, el artículo 1112 CC establece que «Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario».

Tratando de profundizar un poco, y entre esos límites tan genéricamente invocados por la citada legislación urbanística, nos encontraríamos en primer lugar con los derivados de la aplicación de los principios generales del derecho, considerados fuente del ordenamiento jurídico por el artículo 1.º CC; en cuanto al propio objeto de la subsuperficie, y a las facultades atribuidas al subsuperficiario, habría de aplicarse también ahora la regla según la cual nadie puede transmitir a otro derechos que no tiene (salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria)⁴⁸. Tratándose de derechos reales sobre cosas ajenas que no suponen una transmisión general de utilidades, resultará también especialmente relevante el principio de libertad del dominio, entendido aquí en el sentido de que las facultades del superficiario transmisibles al subsuperficiario, en tanto reducen el poder que normalmente corresponde al dueño, nunca deberán ser objeto de interpretación extensiva, sino más bien restrictiva⁴⁹.

Estas coordenadas constituyen los primeros límites o limitaciones que han de entenderse vigentes al constituir un derecho de subsuperficie: ni puede constituirse sobre un objeto «ampliado» en cuanto al propio de la superficie, ni por más tiempo, ni que tenga como finalidad la realización de edificaciones cualitativamente distintas, o cuantitativamente mayores, de las contempladas en el título constitutivo del derecho de superficie sobre el cual se asienta⁵⁰.

⁴⁸ Coincidimos plenamente con VILALTA NICUESA, *El derecho de superficie...*, cit., p. 173.

⁴⁹ El principio de libertad del dominio se utilizó, en la clásica STS de 9-11-1965 (ROJ: STS 3241/1965), para decidir si las expresiones utilizadas en un contrato podían interpretarse en el sentido de constituir un derecho real o una mera obligación personal (que en el caso era de no competencia), inclinando al TS hacia la mera obligación; esa función, consistente en decidir si existen o no derechos reales a favor de terceros, es reiterada en la jurisprudencia relativa al ejercicio de acciones negatorias como fundamento para imponer al demandado la carga de la prueba de su derecho, cuando la propiedad ha sido demostrada por el demandante; la doctrina también suele aludir más frecuentemente a esa faceta del principio de libertad del dominio. Sin embargo ALBALADEJO, *Derecho Civil III, Derecho de bienes, volumen II*, Barcelona, 1994, p. 102, en referencia expresa al derecho real de servidumbre pero que entendemos aplicable a los derechos reales que, como parece también el caso de la superficie, no tengan alcance general, deja traslucir claramente otra faceta de este principio, afirmando, con apoyo jurisprudencial, que «*Como se trata de una limitación que reduce el poder que normalmente corresponde al dueño sobre su cosa, constituye una excepción al caso general, que es el de ser libre la propiedad (es decir, carecer de gravámenes). Por ello si el dueño sirviente lo niega, la servidumbre ha de probarse por quien la alega. Con base en la misma razón hay que entender que son de interpretación restrictiva, tanto las disposiciones legales relativas a servidumbres como los negocios jurídicos que las establecen. Es decir, en un caso y en otro, en la duda, hay que inclinarse por el menor alcance del texto que establezca el gravamen y la menor extensión de este*» (el subrayado es nuestro).

⁵⁰ Por poner un ejemplo, creemos que en el caso que fuera objeto de la RDGRN de 15-2-2012 (RJ 2012/5948), narrada en el epígrafe 3.2.3 de este trabajo, si las naves sobre las cuales se pretendían instalar las placas fotovoltaicas hubieran sido construidas sobre la base de un derecho de superficie y el derecho para instalar las placas se otorgara a un tercero que las incorporase a una actividad consistente en la producción de energía eléctrica, no sería el superficiario dueño de las naves quien vendría legitimado para conceder subsuperficie a dicho tercero, sino el propietario del suelo, quien podría otorgar otro derecho de superficie para instalar las reitera-

Además de los límites y limitaciones genéricos, citados en los epígrafes anteriores, la subsuperficie añadirá una nueva perspectiva a los problemas relativos a la concreta definición de los deberes y derechos del propietario y del superficiario, carentes de suficiente concreción legal y que habrían de integrarse atendiendo al título constitutivo del derecho y a su causa concreta; dicho más claramente, tendremos que buscar las reglas aplicables a la posición del subsuperficiario en relación con esos derechos y deberes que vinculan al propietario y al superficiario. Quizá la respuesta a estos problemas, ante la evidente laguna legislativa, consistiría en aplicar analógicamente las normas previstas para supuestos similares, o quizá la propia remisión legal indirecta que se deriva de los artículos 1611 y 1655 CC; en este último sentido, y tratándose de derechos de superficie constituidos por tiempo limitado, la aplicación de las disposiciones sobre el contrato de arrendamiento contenidas en el Código Civil nos llevarían a asimilar, a estos meros efectos, la subsuperficie y el subarriendo, permitiendo al superficiario constituir subsuperficie, salvo disposición expresa en contrario, y quedando también obligado el subsuperficiario a favor del propietario por el uso y conservación de la edificación superficiaria, en los términos pactados entre propietario y superficiario, así como por las contraprestaciones que se encontrara debiendo el superficiario al tiempo del requerimiento; todo ello habría de entenderse sin perjuicio de la responsabilidad directa que incumbe al citado superficiario, de acuerdo con la aplicación, *mutatis mutandis*, de lo establecido en los artículos 1550 a 1552 CC⁵¹. A solución similar se llegaría, al menos en cuanto al deterioro de la edificación superficiaria, de aplicar la regla contenida en el artículo 498 CC, que hace responder del mismo al usufructua-

das placas; siempre, claro está, que no perjudicara el derecho de superficie concedido al dueño de las naves (aplicación analógica del artículo 489 CC para el usufructo). Otra cosa es que se tratase de placas meramente accesorias de las referidas naves y destinadas a mejorar la eficiencia energética de las mismas, en cuyo caso la facultad de que el superficiario las instalara podría entenderse incluida en el derecho de superficie relativo a las propias naves.

⁵¹ En cuanto a la constitución de subsuperficie antes de que se realice la edificación, habría que considerar, según exponemos, cuál era la causa del derecho de superficie constituido, con el fin de determinar si la edificación se realizaría en exclusivo interés del superficiario (como sucede normalmente en el caso de la superficie para la instalación de placas de energía solar o «huertos solares»), o si también el propietario concedente tiene interés en dicha edificación (como sucede en el caso general de superficie para edificación de viviendas, locales u oficinas, cuando el tiempo de duración de la superficie, considerado junto con la atribución de las edificaciones al propietario al cumplirse el citado término, permite deducir el mencionado interés). Si la edificación interesaba también al dueño concedente, y las condiciones personales del superficiario no fueron determinantes, los elementos de contrato de obra existentes en tal derecho de superficie permitirían entender que el superficiario puede constituir subsuperficie, de modo que sea el subsuperficiario quien realice la edificación; pero también que el superficiario respondería frente al concedente del derecho de superficie de la actuación del subsuperficiario, en cuanto persona que ocupó en la obra y por aplicación del artículo 1596 CC, *mutatis mutandis*.

rio frente al nudo propietario en caso de enajenación del usufructo, sin perjuicio de la responsabilidad de la persona que le sustituyera.

Ahora bien, respondiendo el título constitutivo del derecho de superficie a causas muy diversas, a menudo complejas, y no pudiendo en modo alguno reconducirse al modelo unívoco contemplado en la legislación urbanística, creemos que nunca podrá hablarse de unos efectos uniformes derivados de la constitución de subsuperficie, ni de la propia posibilidad de constituir la en un caso concreto, sin atender a una cuestión tan fundamental como el análisis del también concreto título constitutivo, otorgando siempre preeminencia a su articulado y a la finalidad práctica perseguida por los intervinientes; bastaría, por ejemplo, que el propietario no tuviera interés alguno en adquirir la edificación superficiaria al extinguirse la duración de la superficie, para que el deterioro debido a culpa o dolo, ya sea suya o del subsuperficiario, no otorgara acción alguna al propietario frente a ninguno de ellos⁵².

3.2.5 La superficie y el dominio público

Sabíamos que sobre un bien de dominio público no cabe la constitución de derechos reales civiles, sino que el otorgamiento del uso privativo de estos bienes a particulares solo resulta posible mediante derechos reales de naturaleza especial jurídico-administrativa, cuya fuente cualificada es la concesión, aunque en casos un tanto excepcionales puedan también establecerse directamente por la ley, u obtenerse por prescripción⁵³.

⁵² Tratándose de una figura tan próxima a la superficie para edificar como la del arrendamiento *ad meliorandum* o *ad aedificandum*, el interesante caso objeto de la STS de 14-4-1998 (RJ 1998/2145) nos presenta un buen ejemplo de cómo los contratos, ya sean títulos constitutivos de un derecho real o se limiten a establecer una relación obligatoria, suelen apartarse de la causa típica para incluir causas mixtas o complejas; en el supuesto objeto de dicha resolución se había cedido el uso de unas fincas en una de las islas Cíes, a cambio de que el cesionario transformara una edificación ruinoso situada allí en un bar restaurante, encargándose ulteriormente de su explotación sin abonar al cedente cantidad alguna; el problema era que no se había fijado plazo para el uso cedido, pidiendo los herederos del cedente la restitución de las fincas por estimarlo cumplido. Como destacó agudamente FENOY PICÓN, en su comentario a la citada resolución judicial, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 48, septiembre-diciembre de 1998, pp. 1075-1096, interpretando la alusión hecha por el TS y que se refería a la existencia de cierta «onerosidad asimétrica» en el contrato, no se trataba solamente de ceder el uso temporal de las fincas a cambio de que el cesionario rehabilitara la edificación ruinoso, reintegrándose de su inversión con la explotación temporal del bar-restaurante (lo cual nos habría situado en el esquema causal característico del arrendamiento *ad meliorandum*), sino que la propia prestación del servicio de bar-restaurante por el cesionario (y la consiguiente rehabilitación) se constituían en obligaciones destinadas a hacer más atractiva la isla para el turismo, incrementando así los pasajeros de los barcos que realizaban el trayecto a la isla y que, a su vez, eran propiedad de una sociedad de la cual era socio mayoritario el cedente.

⁵³ Como destaca GONZÁLEZ PÉREZ, en *Los derechos reales administrativos*, 2.ª edición, Madrid, 1984, pp. 34-35 y 57-62, principalmente.

También sabíamos, o creíamos saber, que el régimen legal de esos derechos reales sobre dominio público se caracteriza porque el titular de ese dominio no es un mero propietario, sino una persona jurídica que interviene en una posición «exorbitante del Derecho común»⁵⁴, asistida, consecuentemente, por una serie de facultades dispositivas sobre el propio derecho real limitado que son incompatibles con el régimen derivado del Derecho civil⁵⁵; es decir, que entre la concesión entendida como un derecho real administrativo, y los derechos reales civiles en general, incluido obviamente el derecho de superficie, existe un verdadero abismo normativo.

La jurisprudencia Contencioso-administrativa ha mantenido, como lógica consecuencia y en una línea que podemos considerar mayoritaria, que no cabe constituir derechos de superficie sobre un bien de dominio público; sin embargo, y aunque fuera para considerar al superficiario sujeto pasivo del Impuesto de construcciones, instalaciones y obras, ha llegado a admitir la constitución de derecho de superficie sobre una concesión administrativa para uso privativo del dominio público⁵⁶.

Conviene además recordar la eventualidad aludida en el epígrafe 3.2.2 de este trabajo, relativa a la posibilidad jurídica de superposición entre esas instituciones tan distintas en nuestra tradición jurídica, y más en concreto del dominio público del vuelo y la pro-

⁵⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, en *Los derechos reales administrativos*, cit., p. 37.

⁵⁵ Sin embargo lo definitivo es que la concesión esté efectivamente gravando el dominio público, pues si se pretendiera establecer sobre un bien patrimonial de la Administración, y con independencia de la denominación que le dieran las partes y de los problemas derivados del procedimiento elegido para su adjudicación, tendría la naturaleza de un derecho real civil; al menos eso es lo que parece derivarse de la RDGRN de 16-7-2002 (RJ 2002/9317), recaída en un supuesto en el cual el Ayuntamiento de Aranjuez y una sociedad otorgaron escritura de elevación a público de contrato de concesión administrativa de cesión de derechos y autorización para edificar sobre el edificio Palacio de Godoy, con el fin de proceder a su rehabilitación y explotación como hotel, mediante el pago por la sociedad de un canon del 10% del valor catastral de la finca durante 55 años. La Registradora denegó la inscripción, por entender que la concesión ha de recaer sobre bienes de Dominio Público, no sobre inmuebles patrimoniales de la Administración; la DGRN, sin embargo, estimó el recurso, por entender que «*Nuestro sistema registral establece el sistema de «numerus apertus» para la constitución de derechos reales, siendo inscribibles los derechos que son reales aunque no sean típicos o nominados... el derecho configurado tiene todas las características que permiten su inscripción... no siendo relevante la denominación que las partes den al contrato si los derechos y obligaciones de ambas están correctamente establecidos*».

⁵⁶ Se trata de la curiosa STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 27-3-1995 (RJ 1995/2542), aludida con anterioridad. Pese a la reiterada declaración sobre la imposibilidad de constituir derecho de superficie sobre bienes de dominio público, hecha por la propia Jurisdicción contenciosa, en la citada resolución se rechaza que tal imposibilidad incluya la constitución de tal derecho sobre una concesión administrativa para el uso privativo de dichos bienes; en el caso concreto se trataba de la liquidación del ICIO correspondiente a la edificación de un Centro de Acogida por la empresa «superficiaria», en unos terrenos de la zona de servicio del Puerto de Santander, cedidos por el Estado mediante concesión administrativa a la Diputación de Cantabria. La empresa constructora alegaba que la propietaria de la edificación, y por tanto sujeto pasivo del impuesto municipal, era la citada Diputación Regional, pero el TS entendió que lo era la reiterada empresa en virtud del derecho de superficie constituido.

piedad privada del subsuelo bajo la figura del complejo inmobiliario; como también dijimos, tal posibilidad se inició en la doctrina de la DGRN y ha pasado al artículo 17.4 del vigente TRLS. En este nuevo esquema legal, y dando por supuesta una eventual desafectación previa de la edificación superficiaria, la pregunta es si cabe seguir manteniendo la imposibilidad de que se constituya derecho de superficie sobre una finca de dominio público, mientras se admite la eventual existencia de propiedad privada y perpetua del suelo o subsuelo de dicha finca, y por tanto de las edificaciones realizadas en dichos espacios (ya se sabe: «quien puede lo más...»).

3.3 EL DERECHO CIVIL Y LA TEMPORALIDAD DE LA SUPERFICIE

3.3.1. La perpetuidad «impropia», en tanto referida a la edificación superficiaria

La limitación temporal es, como luego veremos, un aspecto esencial de la legislación urbanística relativa al derecho de superficie; pero la cuestión no es tan clara desde la perspectiva del Derecho privado, donde continúa siendo objeto de debate la viabilidad de un derecho de superficie perpetuo; existiendo dudas acerca de la existencia de una modalidad del derecho de superficie para edificar que no se rija por la legislación urbanística, o al menos que no considere la totalidad de esa legislación como norma imperativa (cuestión que volvemos a diferir para más adelante), esta cuestión merece ser mínimamente abordada.

Como ya vimos, el párrafo tercero del artículo 1611 CC asimila el derecho de superficie a derechos reales tendencialmente perpetuos, como los foros y subforos; por su parte el reenvío contenido en el párrafo primero del artículo 1655 CC, en cuanto a la regulación de estos derechos, distingue entre los constituidos por tiempo indefinido y los temporales. Parece que el legislador estaba identificando en esos preceptos los conceptos de «perpetuidad» y «tiempo indefinido», y por ello resulta también plenamente comprensible que un sector doctrinal los asimile para defender la posibilidad de constituir derechos de superficie perpetuos⁵⁷.

⁵⁷ Así, FUENTES LOJO, en «Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación», *RJC*, 1967, p. 578. También VILALTA NICUESA, en *El derecho de Superficie. La superficie rústica*, ob. cit., pp. 182-185, se inclina por admitir la perpetuidad del derecho de superficie constituido según las reglas del Derecho Civil, aunque la citada autora (como monista coherente) limite sus conclusiones en este aspecto a la superficie rústica, que tiene por objeto sembrar o plantar, citando como argumento adicional la admisión de tal posibilidad en algunas normas de Derecho comparado.

Pero si aplicáramos la perpetuidad al derecho de superficie para edificar, tendríamos que incluir entre las facultades del superficiario la de reedificar sucesiva e indefinidamente, cada vez que la edificación superficiaria desapareciera o se arruinase como consecuencia inexorable del paso del tiempo y de la finitud de toda obra humana; como lo que se puede edificar depende, a su vez, del planeamiento vigente en cada momento, la superficie perpetua podría exigir también una notable indefinición de las características de la edificación superficiaria, o al menos la previsión de una respuesta para el caso de que el citado planeamiento hiciera imposible volver a construir la misma edificación descrita en el título constitutivo del derecho; con ello se deja entrever la existencia de un derecho de superficie para una edificación concreta, y otro referido a «lo que se pueda edificar en cada momento», sin saber si esta última modalidad sería compatible con las exigencias del principio de especialidad, vigente en materia de derechos reales limitados.

Si estas cuestiones no han planteado problemas es, sin duda, porque en la práctica se establecen plazos para edificar y también para mantener la propiedad de la edificación superficiaria, aunque se trate de hábitos un tanto «forzados», dirigidos a cumplir las exigencias impuestas por el Reglamento Hipotecario para la inscripción del derecho de superficie (como veremos después). También al hecho insoslayable de que, en gran parte de los supuestos, la superficie para edificar perpetua agotaría todo el contenido de la propiedad (incidiendo así en el otro límite que inmediatamente abordaremos), o bien de que existe el molde del complejo inmobiliario como alternativa ventajosa para obtener una finalidad análoga al de una superficie perpetua, consiguiendo que el vuelo y el subsuelo del terreno constituyan fincas privativas independientes (aunque esta alternativa pueda plantear los mismos problemas en el caso de tener que reedificar solo en uno de esos espacios, existiendo interdependencia arquitectónica con la construcción existente en el otro).

Pero volviendo a nuestro derecho de superficie, lo cierto es que sin esa facultad perpetua de reedificar nunca podría hablarse de perpetuidad en sentido propio, sino como máximo limitada a la duración de la edificación superficiaria; tampoco resulta extraña esta oscuridad conceptual entre los autores, dada la creciente tendencia a identificar y confundir el único objeto inmueble permanente, que es el suelo o inmueble por naturaleza, con las edificaciones, cuyo carácter meramente temporal y transitorio se ignora demasiado a menudo (aunque sucesos como el incendio del edificio Windsor, en Madrid, nos saque ocasionalmente de ese sopor).

De admitirse que, en la superficie para edificar, la perpetuidad se refiere exclusivamente a la edificación superficiaria, deberíamos

referirnos más bien a un derecho sometido a término incierto de extinción, resultando preferible calificar su duración de indefinida; el mismo Código Civil Portugués, pese a su carácter relativamente reciente, deja traslucir la misma duda que estamos denunciando, al considerar que el derecho de superficie consiste en la facultad de construir o mantener perpetua o temporalmente una obra⁵⁸, incurriendo con ello en evidente imprecisión; porque la perpetuidad no puede predicarse en modo alguno ni de la actividad de construir, que tendrá un límite temporal entre el inicio y la finalización de la obra, ni de su mantenimiento, que también tendrá un final llegada la hora de su destrucción o declaración de ruina.

Para recuperar el necesario rigor, nuevamente hemos de echar la vista atrás y volver a los más clásicos cultivadores del Derecho Hipotecario, que parecían diferenciar mejor entre la perpetuidad en sentido propio y la que se refiere a todo el tiempo de duración de la edificación superficiaria, considerando este último caso como un supuesto de superficie de duración indefinida, al destacar que cuando se tratase de superficie para edificaciones de gran duración (como iglesias o edificios públicos), el plazo sería indefinido y se prolongaría mientras los edificios sirvieran para el fin a que se destinasen⁵⁹.

3.3.2 La perpetuidad en sentido propio y el censo enfiteútico como eventual marco jurídico

a) *Superficie perpetua que agota la utilidad del suelo*

Cuando el derecho de superficie para edificar agote toda la utilidad del suelo, habremos de considerar que la perpetuidad en sentido propio, a la cual hemos aludido con anterioridad y que necesariamente habría de incluir el derecho a reedificar cuantas veces fuera preciso o lo estimase oportuno el superficiario, sería un derecho enormemente asimilable a la propiedad de aquel; en realidad limitaría tan intensamente las facultades del *dominus soli*, que el residuo atribuido a este último no merecería la consideración de derecho de propiedad desde la perspectiva del Código Civil⁶⁰.

⁵⁸ Artículo 1524 del Citado Código Civil portugués. En dicho texto la perpetuidad parece referirse a la configuración normal del propio derecho, salvo si hubiera sido establecido por tiempo determinado, resultando coherente el otorgamiento al superficiario del derecho a reedificar en caso de destrucción de la edificación superficiaria (artículo 1536.1.b) del propio Código citado).

⁵⁹ GONZÁLEZ: «El derecho real de superficie», *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo II, Madrid, 1992, p. 270.

⁶⁰ Como dijimos en LÓPEZ FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, coordinado por BERCOVITZ, Madrid, 2013, p. 141, haciendo referencia al carácter abstracto del derecho de propiedad: «este carácter de abstracción ha de tener un límite, por-

Lo cierto es que el derecho residual del propietario concedente se habría convertido en un cascarón vacío que, además de haber quedado desnaturalizado como genuino derecho de propiedad, permanecería privado de cualquier contenido útil para proteger los intereses del dueño del inmueble; recordemos además que los términos que estamos utilizando se corresponden perfectamente con la doble vía utilizada por el Tribunal Constitucional, en su clásica STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981/11), para determinar cuándo se habrá de entender afectado el contenido esencial del derecho de propiedad por la legislación que delimite su contenido, produciéndose así la consiguiente infracción de la tutela constitucional garantizada por el artículo 53 CE. Si ese «núcleo duro» ha de resultar intangible para el legislador, tampoco parece admisible que se permita su afectación por los particulares en uso de la autonomía de la voluntad que la propia ley les otorga, y por ello creemos que la imposibilidad de admitir una superficie perpetua, en estos supuestos de agotamiento de toda la utilidad del propietario, es un lugar común para todos los sectores del ordenamiento jurídico.

En todo caso, una de las alternativas para apoyar estos derechos de superficie perpetuos consistiría en su asimilación al censo enfiteutico, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1655 CC, en relación con el 1611 párrafo 3.º del propio texto citado; claro que en el título constitutivo debería constar, bajo pena de nulidad, el valor de la finca a efectos de una eventual redención por el enfiteuta, como dispone el artículo 1629 CC; no obstante, aunque admitiéramos el uso de la enfiteusis en particular, y de los censos en general, con fines edificatorios, parece que el derecho así constituido sería una figura mixta y, en cualquier caso, una alternativa más que el Derecho pone a disposición de los particulares para la autorregulación de sus intereses (si admitimos el sistema de número abierto de derechos reales de goce)⁶¹.

b) *Superficie perpetua que no agota la utilidad del suelo*

El agotamiento de toda la utilidad del suelo por el derecho de superficie, como límite a la perpetuidad que destacamos en el apar-

que no parece que la propiedad sea compatible con el vaciamiento perpetuo de todas las facultades atribuidas a su titular. Las servidumbres pueden ser perpetuas (art. 546.4. ºCC interpretado sensu contrario), pero no agotan la utilidad del fundo sirviente, mientras que el usufructo atribuye al usufructuario prácticamente todas las utilidades del bien, y por eso mismo está sometido a límites temporales (arts. 513 y 515 CC)». Entendemos que esta afirmación resulta aplicable a todo derecho real «de amplio espectro», como lo sería un derecho de superficie para edificar que absorbiera todas las utilidades de la finca con carácter perpetuo.

⁶¹ Recordemos, nuevamente, la posibilidad alternativa de separación perpetua del suelo y del subsuelo, bajo el esquema del complejo inmobiliario, a la cual nos referimos en el apartado 3.2.2 de este trabajo.

tado anterior, no se produciría cuando se tratase de la superficie dirigida a realizar y mantener edificaciones en una parte determinada de la finca, aludida con anterioridad en este trabajo⁶²; tampoco si el derecho de superficie se extendiera a la totalidad del terreno pero no afectase más que a alguna de sus utilidades (como la superficie otorgada a una empresa eléctrica para instalar placas solares sobre las edificaciones construidas o por construir por el dueño de ese suelo, pero sin constituir derecho de vuelo). En casos como los mencionados podría admitirse el carácter perpetuo en sentido propio de la superficie, aunque nuevamente estaríamos ante un título constitutivo con causa mixta, a mitad de camino entre la superficie y el derecho real de servidumbre, en el cual se ha querido dejar clara la cuestión relativa a la propiedad de los elementos inmovilizados mediante la correspondiente instalación, para el caso de embargos o ejecuciones hipotecarias dirigidas contra el dueño del suelo⁶³.

Parece obvio que la viabilidad de las servidumbres perpetuas, así como la general admisión de los derechos reales atípicos de goce, o al menos de la posibilidad de adaptar los tipos legalmente establecidos, constituiría un apoyo adicional para estos derechos de superficie, cuando el interés de las partes les indujera a constituirlos de tal modo; siempre, claro está, que nos orientemos hacia la tesis dualista de la superficie para edificar, y no se trate de un supuesto de aplicación necesaria de la legislación urbanística.

4. EL DERECHO DE SUPERFICIE PARA EDIFICAR EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

4.1 ORIGEN Y OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN URBANÍSTICA DE LA SUPERFICIE PARA EDIFICAR

El Derecho de superficie para edificar se contemplaba en el Título IV de la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana, denominado «Ejercicio de las facultades rela-

⁶² Supuestos a los que aludimos en el epígrafe 3.2.3 de este trabajo.

⁶³ Las figuras que estamos relacionando se aproximan también a la comunidad con distribución exclusiva del uso de espacios determinados y al complejo inmobiliario; pero la grandeza de la «ingeniería de derechos reales» consiste precisamente en esa variedad del ámbito de elección, para que el instrumento jurídico elegido se ajuste a los intereses de las partes; bastaría con que apareciera un tesoro oculto en el subsuelo, para que las reglas sobre atribución de su propiedad al dueño del lugar en que se encontraba nos pusieran de manifiesto las profundas diferencias entre todos esos supuestos aparentemente similares: si hay comunidad en cuanto al suelo, el tesoro pertenece a los comuneros, sin que la distribución del uso de espacios influya en ello; si se trata de complejo inmobiliario, y el espacio subterráneo es elemento privativo de uno de los propietarios, a ese corresponderá el tesoro en exclusiva; y si se trata de derecho de superficie, al dueño del suelo.

tivas al uso y edificación del suelo», y más concretamente en los artículos 157 a 161, que configuraban la sección tercera del capítulo I del citado título, llamado significativamente «Fomento de la edificación»; el apartado V de la Exposición de Motivos de la mencionada norma decía, en relación con el derecho de superficie, que *«El fomento de la edificación no precisa, ni a veces aconseja, la enajenación de los terrenos: basta la constitución del derecho de superficie. La experiencia extranjera muestra las intensas posibilidades de esta figura jurídica que, a la vez que facilita la construcción, evita la especulación en edificios y terrenos y reserva el aumento de valor del suelo para el propietario. De aquí que se admita la constitución del derecho de superficie por Entidades públicas y por particulares»*.

También resulta de suma utilidad, para comprender los motivos por los que se establecía una regulación del derecho de superficie en la legislación urbanística, el apartado VIII de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, según el cual: *«A cambio de una limitación temporal en el uso de los terrenos se obtienen éstos a un menor coste, con lo que se reduce el volumen inicial de recursos necesarios en el sector inmobiliario o en otras actividades productivas para atender a las necesidades de la demanda. Representa también un estímulo para la movilización del suelo por los propietarios privados, que pueden así poner en el mercado estos bienes a disposición de los promotores sin renunciar a su recuperación futura con la revalorización correspondiente. La promoción industrial y el fomento de las viviendas en alquiler pueden encontrar en el derecho de superficie un complemento de gran interés.»*

Como puede observarse, se trataba de establecer un mecanismo jurídico que permitiera la cooperación entre los propietarios de terrenos y los promotores inmobiliarios para la satisfacción de tres objetivos fundamentales:

1. Reducir los costes de la promoción inmobiliaria, puesto que el precio de obtener un derecho temporal sobre ellos habría de ser menor que el de adquirir su propiedad.
2. Abaratar el precio de las edificaciones, como consecuencia de la mencionada reducción de costes para el promotor y también de la disminución de la demanda, derivándose esta última del menor atractivo que tendría una propiedad meramente temporal como instrumento para la especulación.
3. Facilitar la posibilidad de que los propietarios del suelo lo pusieran a disposición de los promotores sin renunciar a su recupe-

ración futura, y con ella a las plusvalías que en esos momentos generaba la propiedad inmobiliaria⁶⁴.

Resulta necesario destacar que se trataba de utilizar el derecho de superficie para complementar «la promoción industrial y el fomento de las viviendas en alquiler», con lo cual parece que las edificaciones en que estaba pensando el legislador eran viviendas y naves industriales. Se pensaba, por tanto, en edificaciones de larga duración y que se realizarían en terrenos cuya exclusiva finalidad consistiría en servirles de soporte, agotándose así toda su utilidad. También resulta claro, por último, que la Ley pretendía facilitar la actuación del promotor inmobiliario, cuyo beneficio se obtiene mediante la directa comercialización de las edificaciones resultantes; no se previó para la realización de construcciones meramente accesorias de otras actividades empresariales, que solo contribuyeran de manera indirecta, junto con otros factores productivos y en escasa proporción respecto al conjunto de ellos, a la obtención del correspondiente lucro (cosa que, como luego veremos, puede tener importancia en cuanto al otorgamiento tácito al superficiario del derecho a reedificar).

En cuanto a su régimen jurídico concreto, debemos destacar que la ley de 1956 ya consagraba el carácter imperativo de todas sus normas relativas al derecho de superficie, situando el título constitutivo y el Derecho privado en un plano subordinado⁶⁵; imponía también el deber del superficiario de construir «en el plazo y del modo que se hubiese señalado», sin que aquél plazo pudiera exceder de cinco años en las concesiones otorgadas por personas públicas; la infracción de dicho deber provocaría «siempre» la extinción del derecho de superficie.

Parecía por tanto presupuesta la existencia de un plazo para edificar en el título constitutivo (aunque esa necesidad se estableciera indirectamente), siendo tal imposición absolutamente ajena al Derecho civil; pero también era cierto que el límite máximo de ese plazo solo operaba en la superficie otorgada por personas públicas,

⁶⁴ Los tres objetivos tomaban como presupuesto implícito el carácter temporal de la propiedad del superficiario sobre la edificación, cosa que además quedaba clara en la Ley del Suelo de 1956, al afirmarse la extinción de ese derecho por el transcurso del plazo que se hubiere determinado; sin embargo, en esta primera versión legislativa, solo se fijaba el plazo máximo en caso de otorgamiento por administraciones públicas, quedando indeterminado el plazo máximo que pudiera establecerse en el constituido entre particulares. En efecto, el artículo 161.1 de la Ley del Suelo de 1956 establecía que «*El derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo que se hubiere determinado al constituirlo, que no podrá exceder de cincuenta años en el concedido por el Estado y demás personas públicas*». Otra cosa es que, como veremos, el desarrollo llevado a cabo por el Reglamento Hipotecario impusiera ese plazo máximo para inscribir cualquier derecho de superficie, en un ejemplo más de la «extralimitación» a que son propensos estos texto reglamentarios.

⁶⁵ Artículo 157.3 de la Ley del suelo de 1956.

de manera que, al menos hipotéticamente, el plazo para edificar de la superficie constituida entre particulares podía extenderse a todo el periodo de duración del derecho, sin que ello supusiera vulneración del citado régimen legal.

También estaba claro que la infracción de ese plazo para edificar suponía, por prescripción directa de la ley derivada de los rigurosos términos en que se expresaba, la extinción del derecho de superficie; sin embargo tal extinción automática resultaba aplicable también a la infracción del «modo que se hubiese señalado» para hacer la edificación⁶⁶; semejante remedio puede entenderse cuando sea una persona pública la concedente del derecho y si el interés prioritario consistía en limitar al máximo la discrecionalidad de la Administración (de acuerdo con los principios rectores de la legislación urbanística, cuyo análisis desarrollaremos más adelante). Sin embargo la extinción automática era, y como veremos sigue siendo, una solución muy discutible tratándose de la superficie constituida entre particulares, al poder solaparse con un incumplimiento contractual e impedir que el perjudicado opte por exigir el cumplimiento; incluso puede favorecer al incumplidor, si fuera el propietario quien había de encargarse de construir la edificación objeto de superficie.

4.2 PRIMERA EVOLUCIÓN: LA TRASCENDENTAL REFORMA DERIVADA DE LA LEY 19/1975 Y EL PLAZO PARA EDIFICAR

a) *Aspectos generales de esta reforma*

La reforma llevada a cabo por la Ley 19/1975 ha sido la más importante, entre la sucesión de normas urbanísticas estatales referidas al régimen del derecho de superficie⁶⁷; se puede afirmar que las modificaciones sucesivas son vicarias de la regulación derivada de esta reforma, compartiendo casi todas sus lagunas e imprecisiones.

En primer lugar, la citada Ley 19/1975 amplió las alternativas que podía revestir la contraprestación del superficiario y la tipología de las edificaciones que podían realizarse sobre la base de este derecho; en este último caso para incluir, junto a las viviendas u otras determinadas en los planes urbanísticos, servicios comple-

⁶⁶ Artículo 159, apartados 1 y 2 de la Ley del Suelo de 1956.

⁶⁷ COBACHO GÓMEZ, en «Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, noviembre-diciembre de 2008, p. 2283, no parece compartir nuestra opinión, limitándose a indicar que los artículos 171 a 174 del TRLS de 1976 (derivados directamente de la reforma operada por la Ley 19/1975) «regulan la cesión de derechos de superficie de forma muy parecida a como lo hace la Ley del Suelo de 1956».

mentarios e instalaciones industriales y comerciales. Se suprimieron además los derechos de adquisición previstos a favor del propietario y del superficiario, para el caso de transmisión onerosa de sus respectivos derechos; la reforma de la Ley 19/1975 incidió también sobre el plazo máximo de duración del derecho de superficie, que inicialmente era de 50 años y solo afectaba al concedido por personas públicas, incrementándose dicho plazo hasta los 75 años, al tiempo que se establecía un novedoso límite temporal de 99 años para la superficie otorgada entre particulares.

b) *El plazo para edificar y la extinción derivada de su incumplimiento*

En relación con estos aspectos plantean especial interés las siguientes modificaciones:

1. Desaparece el establecimiento de un límite máximo concreto para el plazo de edificación: dicho límite se difería al planeamiento, mediante la previsión de que el derecho de superficie se extinguiría si no se edificase en el plazo previsto en el plan, o en el convenido si fuera menor⁶⁸; sigue presuponiéndose la existencia de un plazo convenido, pero tampoco se alude directamente a su necesidad, como veremos que sí se hizo en el Reglamento Hipotecario.

2. El interés que pretendía proteger el plazo máximo para edificar parece ser el interés público, relacionado con la ejecución del planeamiento e indisponible por las partes; al menos eso es lo que parecía deducirse de la previsión expresa y relativa a que el plazo convenido solo prevalecería sobre el previsto en el plan cuando aquél fuera menor⁶⁹.

3. La limitación del plazo máximo para edificar ya no se refería exclusivamente a la superficie constituida por personas públicas, si bien tampoco se decía expresamente que se aplicase a la otorgada entre particulares.

4. En la reforma operada por la Ley 19/1975 desapareció la única alusión clara de la legislación urbanística a alguno de los efectos que pudieran derivarse de la extinción automática por incumplimiento del plazo máximo para edificar. Así, el artículo 159.2 de la Ley del Suelo de 1956 establecía que, en caso de extinción del derecho de superficie por infracción del deber del superficiario de construir «en el plazo y del modo que se hubiese señalado», el dueño del

⁶⁸ Artículo 159.1 de la Ley 19/1975.

⁶⁹ Menos comprensible resulta que esa misma extinción, automática e imperativa, se aplique también a la infracción del plazo pactado para edificar cuando este sea menor al previsto en el planeamiento, como claramente se deducía del citado artículo 159.1 de la Ley 19/1975.

suelo no podía ser obligado a indemnizar en cuantía superior a los 2/3 de lo que representase la mejora⁷⁰.

5. El ámbito de la extinción automática del derecho de superficie se restringió, sin embargo, al transcurso del plazo de duración y al incumplimiento del plazo para edificar; se eliminaba así su aplicación generalizada a cualquier infracción del «modo que se hubiese señalado» al superficiario para realizar la edificación.

5. PREDOMINIO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O NECESIDAD EN LOS ORÍGENES DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA SOBRE EL DERECHO DE SUPERFICIE

5.1 POSPOSICIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA ANTERIOR A LA VIGENTE

Como ya vimos en el apartado 4.1 de este trabajo, desde la primera regulación del derecho de superficie para edificar llevada a cabo por la legislación urbanística se ha mantenido una misma regla de principio: la consideración de todo el régimen legal contenido en dicha legislación como derecho imperativo; la autonomía de la voluntad y los demás preceptos contenidos en el Derecho Privado se han contemplado siempre como fuentes subsidiarias o de segundo grado, cuya utilización quedaba circunscrita a los aspectos no contemplados expresamente por el legislador. Aunque esa normativa urbanística desplace tal aplicación prioritaria en favor de los acuerdos adoptados por las partes en el título constitutivo, en determinados y concretos supuestos, siempre ha quedado claro que el carácter necesario de aquella normativa es la regla general, y la autonomía de la voluntad constituye la excepción, con las importantes consecuencias interpretativas que de ello se derivan.

5.2 LA INFLUENCIA ORIGINARIA DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD O LEGALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La legislación urbanística es uno de los productos del proceso de «descodificación», así como de la progresiva irrupción del con-

⁷⁰ No decía, ni se ha dicho después, el concepto concreto de esa indemnización, cuestión directamente relacionada con el trascendental aspecto, tampoco abordado nunca por la regulación urbanística del derecho de superficie, de cuál es el patrimonio en que se sitúa la edificación parcial o totalmente realizada, como consecuencia de la extinción automática y hasta el efectivo pago de la reiterada indemnización. Esta cuestión preferimos abordarla en la crítica de la legislación urbanística actual, que tampoco contiene ninguna norma al respecto, y más concretamente en el apartado 8.6 de este trabajo.

cepto de función social en el régimen de la propiedad privada⁷¹; aunque resulte políticamente incorrecto recordarlo, el origen de todo este sector jurídico se encuentra en las ideologías totalitarias sobre la planificación y dirección estatal de la actividad privada⁷², sin que ese principio se haya suavizado en las sucesivas regulaciones (más bien ha sucedido lo contrario)⁷³. Sin perjuicio de que nuestro análisis pueda calificarse en cierto modo de simplista, hemos de destacar que en España los más cualificados especialistas en Derecho urbanístico han procedido fundamentalmente del Derecho administrativo, ya sea directamente, en cuanto cultivadores de dicho sector jurídico, o indirectamente, al tratarse de técnicos formados por aquellos; además, cuando se produce la aparición de la legislación estatal urbanística en España, como desarrollo de las anteriores leyes para el ensanche de poblaciones, la tendencia predominante entre la doctrina administrativista se orientaba con rotundidad hacia la consideración de la Administración como mero apéndice del poder ejecutivo, cuyos actos debían estar rigurosamente sometidos a la norma.

Tales ideas parecen entroncar con el origen mismo del Derecho administrativo, radicado a su vez en los ideales de la Revolución Francesa y en una de sus coordenadas fundamentales, apuntada por la doctrina administrativista: que toda acción del poder esté justificada en una Ley previa⁷⁴. En este entorno ideológico se situó la propia Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrati-

⁷¹ En este sentido cabe recordar que el propio apartado III del preámbulo de la Ley del Suelo de 1956 aludía ya expresamente a la función social de la propiedad como fundamento de los límites y deberes impuestos a los propietarios de suelo, diciendo textualmente que «*El régimen jurídico del suelo encaminado a asegurar su utilización conforme a la función social que tiene la propiedad, resulta el cometido más delicado y difícil que ha de afrontar la ordenación urbanística. Y se impone, sin embargo, efectuarlo, precisamente porque si la propiedad privada ha de ser reconocida y amparada por el Poder público, también debe armonizarse el ejercicio de sus facultades con los intereses de la colectividad.*»

⁷² Según afirmación de DE TERÁN, F.: *Planeamiento urbano en la España Contemporánea*, Alianza Universidad, Madrid, 1980, p. 246, la primera ley urbanística moderna fue promulgada durante la Segunda Guerra Mundial, el 17 de agosto de 1942, y suscrita por Dino Grandi, presidente de la Cámara del Fascio (Camera dei Fasci e delle Corporazioni), con la afirmación expresa hecha por este último de que «... *Se trata del primer texto de amplio enfoque general del problema urbanístico, donde el planeamiento tiene tratamiento protagonista. Toda la actividad urbanística debe estar realizada a través de un jerarquizado sistema de planes, acompañados de un conjunto de normas sobre la actividad constructiva...*»

⁷³ Más bien está sucediendo todo lo contrario; en todo caso la apertura de la intervención de los particulares en la iniciativa planificadora y en la efectiva ejecución de los planes, ya sean aquellos propietarios o no, como dice el TRLS de 2015, marcada siempre por una fuerte subordinación a las potestades administrativas, ha dado lugar a una terrible red clientelar de corrupción, en perjuicio del pequeño propietario de suelo, que en nada ha servido para abaratar las viviendas y que solo ha detenido, nos tememos que provisionalmente, la ruptura de la «burbuja inmobiliaria».

⁷⁴ Sobre estas cuestiones nos guiamos por el espléndido trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo I*, Pamplona, 2013, pp. 485-497.

va de 27-12-1956 (promulgada el mismo año que la primera Ley del suelo), que vino precisamente a contradecir una corriente ampliadora de los poderes discrecionales de la Administración; esta última tendencia, manifestada en la legislación anterior y que hundía sus raíces en la doctrina de la «vinculación negativa» de la Administración, pretendía otorgar a ésta última autonomía decisoria en aquellos extremos no regulados expresamente por la Ley, excluyéndolos del control judicial.

Mediante dicho cambio de óptica se consagró a nivel legislativo la doctrina de la «vinculación positiva», sometién dose al control judicial todas las actuaciones administrativas; tampoco la Constitución española iba a alterar posteriormente esa perspectiva general, estableciendo en su artículo 103.1 que la Administración Pública ha de actuar «*con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*», llegando a afirmar la mejor doctrina administrativista que: «*El Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa*»⁷⁵; Desde la citada perspectiva parece obvia la correlativa necesidad de que esas previsiones normativas, en tanto destinadas a regular la acción administrativa, tengan carácter imperativo, pues de otro modo se estarían estableciendo cláusulas de habilitación de la voluntad administrativa implícitas, que solo formalmente respetarían el proclamado sometimiento a la Ley.

La colisión de estos esquemas con el principio general de autonomía de la voluntad, en cuanto fundamento esencial del Derecho privado patrimonial, se manifiesta así con toda su crudeza; en toda actuación administrativa, entendido el término en un sentido amplio que incluye tanto actos como contratos, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito del referido Derecho privado «*lo que no está expresamente permitido ha de entenderse prohibido*»⁷⁶; la sombra de los cultivadores del Derecho administrativo y sus tesis es, pues, alargada, y a nuestro juicio se erige en el motivo fundamental de la solución adoptada en cuanto a la jerarquización del sistema de fuentes reguladoras del derecho de superficie, cuya pretensión es limitar los poderes discrecionales en el otorgado por personas públicas⁷⁷.

⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ: Ob. cit., p. 484.

⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ: Ob. cit., p. 484, con cita de BALLBE.

⁷⁷ Este entendimiento parece haber cambiado a partir de los años ochenta del siglo pasado, generalizándose el convenio urbanístico como mecanismo de gestión prioritario (en lo que se ha dado en conocer como «urbanismo concertado»), o introduciéndose la

Nuestra conclusión, quizá en exceso atrevida, se refuerza si tenemos en cuenta el intervencionismo imperante y el predominio de la iniciativa pública en los procesos urbanísticos al promulgarse la Ley del suelo de 1956; predominio determinado por la falta de recursos y financiación en que se movía la iniciativa privada en ese periodo, pero cuya consecuencia era la fundada convicción de que la mayor parte de los derechos de superficie serían otorgados por entes públicos. Otra cosa es que los esquemas jurídicos resultantes de esas lógicas premisas puedan integrarse, sin más, en los destinados a regir las relaciones jurídico-privadas, siendo asumidos sin pestañear por el conjunto de lo que hoy suele conocerse como «operadores jurídicos», cuando esos operadores procedan y hayan sido correctamente formados en el estudio del Derecho privado.

Esta es, creemos, la clave que ha hecho indispensable el recurso a la «válvula de presión» constituida por la tesis dualista sobre el derecho de superficie para edificar: se trata de un necesario instrumento jurídico para restringir la aplicación directa del régimen contenido en la legislación urbanística, dando entrada al principio de autonomía de la voluntad cuando los intereses implicados son fundamentalmente privados; o incluso cuando se trate de intereses públicos que tienen mecanismos alternativos de protección, los cuales a su vez solo pueden ser eficazmente reforzados o complementados por la legislación urbanística sobre el derecho de superficie cuando el constituyente de tal derecho ha sido una persona pública.

Claro que el intérprete también puede proclamarse monista para acudir luego a mecanismos tales como el de extender el ámbito de la superficie «rústica» artificialmente, o bien restringir la aplicación de la legislación urbanística mediante reducción al mínimo de los términos «construcción» y «edificación» (con el riesgo de tratar de manera diferente la edificación de una vivienda y la instalación de una prefabricada); incluso se puede acudir a calificar como meramente dispositivas aquellas normas previstas en dicha legislación urbanística cuyo grado de contradicción con los esquemas del Derecho privado *patrimonial* superen cualquier posibilidad de coordinación. Pero quienes acudan a esos mecanismos estarán, al propio tiempo y al ser monistas, trasladando su espíritu aperturista al derecho de superficie constituido por personas públicas, cosa que tal vez pueda resultar contraproducente.

mismísima autonomía de la voluntad en la rigidez que presidía anteriormente el régimen de la contratación administrativa; pero, curiosamente, esa evolución no se ha manifestado en el régimen general del derecho de superficie contenido en la legislación urbanística actualmente vigente, que reitera la jerarquía relativa a las fuentes de su regulación contenida en los textos precedentes, aunque sí se deja entrever en algunos aspectos concretos que citaremos más adelante.

Para ello tendrán, además, que violentar el único precepto claro e inequívoco que siempre se ha establecido en la regulación urbanística del derecho de superficie: el que considera toda esa regulación como fuente principal, otorgando carácter subsidiario al régimen contenido en el título constitutivo; cosa que, además, resulta perfectamente coherente con las raíces de dicho régimen urbanístico, que hemos intentado localizar en los epígrafes anteriores.

5.3 DOS MANIFESTACIONES DE LA FALTA DE SINTONÍA: EL PLAZO DE DURACIÓN EN EL MARCO DE LA PROPIEDAD SEPARADA DEL VUELO Y EL SUBSUELO Y EL PLAZO PARA EDIFICAR

a) *Plazo máximo de duración y propiedad del vuelo y del subsuelo*

Nos remitimos a lo que ya hemos afirmado anteriormente en cuanto a la posibilidad, generalizada en los momentos actuales, de que el vuelo o el subsuelo de un terreno puedan ser dotados de un elevado grado de independencia, siempre que ambos espacios presenten la correspondiente utilidad para su dueño⁷⁸; las construcciones realizadas en los correspondientes espacios pertenecerán, por accesión, a los propietarios de aquellos, originándose un efecto absolutamente equivalente al de una superficie perpetua en sentido propio (con derecho a reedificarlas cuantas veces se estime conveniente).

Si lo que pretendemos es un efecto análogo al de un derecho de superficie cuya duración coincida con la edificación a realizar por el dueño del espacio respectivo, de manera que luego la propiedad de ese espacio vuelva a consolidarse en la de otro u otros, basta con establecer la correspondiente previsión en el título constitutivo de esas situaciones jurídico-reales, que no son objeto de un rígido derecho imperativo como el que pretende imponerse sobre el derecho de superficie. La pregunta es, por tanto, si tiene sentido que la legislación urbanística sobre el derecho de superficie establezca, con plena eficacia para el constituido entre particulares y no solo para el que constituyan las administraciones públicas, todos esos plazos y requisitos; podría tenerlo cuando la superficie era considerada como una figura excepcional respecto del principio de accesión, junto con el derecho de vuelo sobre un edificio o de subsuelo bajo el mismo⁷⁹; no creemos que lo tenga, sin embargo, ante el panorama del Derecho inmobiliario que hoy se abre ante nuestra atónita mirada.

⁷⁸ Apartado 3.2.2.

⁷⁹ Como ya dijimos en el epígrafe 3.2.2 de este trabajo.

De esta manera, o bien se considera que las limitaciones al plazo máximo de duración del derecho de superficie se han de extender a figuras de efecto equivalente, como las que hemos apuntado (alternativa que no parece defendible en la tendencia actual del Derecho inmobiliario), o la ley que establezca tales cortapisas a la autonomía de la voluntad, pero referidas solamente al derecho de superficie, no puede entenderse en modo alguno como imperativa. Con la excepción, claro está, de que se trate con ellas de reforzar aún más el sometimiento de las administraciones públicas a todo el ordenamiento jurídico, previéndose fundamentalmente para regular la superficie constituida por personas públicas.

b) *El plazo para edificar y la extinción por su incumplimiento*

b1) Aspectos generales

Ya observamos que la primera evolución de la legislación urbanística sobre el derecho de superficie introdujo una regulación muy similar a la actualmente vigente en los aspectos relativos al citado plazo⁸⁰, imponiendo la extinción del derecho de superficie si no se cumplía con el establecido en la legislación urbanística⁸¹. Un sector doctrinal entiende, con estimables fundamentos⁸², que la necesidad del establecimiento de un plazo para edificar en el título constitutivo del derecho de superficie no es una norma imperativa, sino que cualquier cuestión relacionada con el mencionado plazo queda dentro del ámbito privado cuando no existe un interés público de que se construya en uno determinado; también se apuntan lógicas dudas en cuanto al carácter imperativo de la extinción automática del derecho de superficie vinculada al incumplimiento del citado plazo para edificar, que si no existe ese interés público implicado se considera limitada al caso de que las partes no hayan previsto una consecuencia alternativa para tal eventualidad⁸³.

Por nuestra parte compartimos la perplejidad que inspira a todo civilista la imposición del establecimiento de un plazo para que el

⁸⁰ En el apartado 4.2 de este trabajo.

⁸¹ El artículo 36.5 de la Ley 8/2007, idéntico al actualmente vigente artículo 41.5 del TRLS de 2015, mantiene la estructura pero complica aún más el tema, al ampliar la extinción del derecho de superficie para el caso de cualquier contravención de la ordenación territorial y urbanística, no solo del plazo para edificar que pudiera preverse en aquella.

⁸² Por ejemplo, ALONSO PÉREZ, *La construcción en finca ajena*, Madrid, 2000, p. 146.

⁸³ CÁMARA ÁGUILA, «Derecho de superficie urbano: Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 16 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 649, noviembre-diciembre de 1998, p. 2008. Acepta su planteamiento en este punto ALONSO PÉREZ, ob. cit., pp. 146-147.

superficialmente edifique⁸⁴, y más aún la consideración de su incumplimiento como causa de extinción automática del derecho de superficie⁸⁵; estamos de acuerdo también en que esa misma legislación urbanística hace prevalecer, exista o no plazo pactado, el que pueda contemplarse en el planeamiento aplicable⁸⁶, cuyo mero transcurso sin que concluya la edificación desencadena, inevitablemente, la

⁸⁴ Sin embargo, consideramos que la legislación urbanística sobre el derecho de superficie parte, efectivamente, de la presuposición de que en el título constitutivo ha de establecerse, siempre y necesariamente, un plazo para que el superficialmente edifique. Entre otras cosas, porque la regulación vigente en la actualidad deriva directamente, en este aspecto concreto, de la reforma de la legislación urbanística llevada a cabo por la Ley 19/1975, como ya vimos en el apartado 4.2 de este trabajo, habiendo sido promulgada cuando el Reglamento Hipotecario imponía tal plazo para la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de superficie, como veremos en el apartado 6.1 del mismo, y siendo este un dato que no podía ignorar el legislador.

⁸⁵ Porque suponemos que nadie pensará que la falta de terminación en plazo supone, en el mundo real, la adopción de medidas disciplinarias dirigidas a derribar la edificación para que el propietario la inicie de nuevo en el plazo previsto por el planeamiento, que suele contarse desde el otorgamiento de licencia. Esta destrucción de la riqueza ya creada sería inasumible, en especial si además existen subadquirentes de la edificación que no se terminó en plazo.

⁸⁶ Matizamos en este aspecto la opinión de ALONSO PÉREZ, ob. cit., p. 146, en el sentido de que esa prevalencia del interés público solo se dará cuando la legislación urbanística que impone un plazo para edificar vincule su incumplimiento a la pérdida del derecho a edificar. Porque la extinción del derecho del superficialmente por no edificar en el plazo previsto por el planeamiento apareció en la reforma de la legislación de suelo operada por la Ley 19/1975, sin que en tal legislación se contemplase la extinción del derecho a edificar del dueño, sino meramente del derecho de superficie; pese a ello ya se proclamaba, en su artículo 159.1, la existencia de un interés público en el mero cumplimiento de los plazos previstos por el planeamiento y la situación de dicho interés más allá de la disponibilidad de las partes, al decir el citado precepto que «*El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto en el Plan o en el convenio, si fuera menor*»: por tanto el plazo convenido, si fuera mayor que el del plan, no evita la extinción automática al transcurrir este último término; solo durante la fugaz vigencia de la Ley 8/1990 y del TRLS de 1992 se estableció una adquisición escalonada de facultades, mediante el cumplimiento de sucesivos deberes por el propietario cuyo incumplimiento, por el contrario, podía conllevar la extinción de su derecho a edificar. Concretamente el artículo 35.2 del TRLS de 1992 establecía que «*El derecho a edificar se pierde por incumplimiento de los plazos fijados, mediante su declaración formal, en expediente tramitado con audiencia del interesado*». Esa fugaz regulación, derogada por la posterior Ley 6/98, siempre debió haberse interpretado como restringida a las relaciones que median entre el propietario y la administración, y más concretamente a la valoración del suelo en caso de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad; trasladarla a las relaciones entre particulares suponía entender que todo lo edificado fuera del plazo previsto en el planeamiento, aunque se tratara de construcciones conformes con el mismo, serían edificaciones sin dueño, cuya titularidad habría de corresponder al Estado en aplicación de la legislación sobre bienes inmuebles carentes de propietario; pensamos en la expresión de un Juez civil si el demandado en una acción reivindicatoria alegase tal argumento para fundamentar una excepción por falta de legitimación del actor. Si consideramos además que esa legislación ha de aplicarse en un entorno socio-jurídico como el del urbanismo, que se caracteriza por un notable descuido de la disciplina urbanística, la traslación de los preceptos de la Ley 8/1990 a las relaciones entre particulares resultaría especialmente perturbadora; todo ello, sin embargo, era perfectamente evitable mediante la adecuada interpretación de la citada legislación urbanística desde el propio título de la Ley 8/1990, denominada «sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones», que no pretendía revolucionar el régimen urbanístico anterior sino reformarlo, y que fundamentalmente trataba de acometer el problema relativo a las valoraciones del suelo en caso de expropiación forzosa. Desde luego no puede servir para apoyar la reducción de la norma que impone el cumplimiento del plazo para edificar previsto en el planeamiento por el superficialmente, con la consiguiente extinción automática de su derecho para el caso de incumplimiento.

extinción de la superficie. Esa extinción puede ser declarada, además, a instancia de la Administración o de cualquiera de los intervinientes en el título constitutivo, incluyendo la parte responsable del incumplimiento (porque el interés lesionado es público e indisponible para las partes)⁸⁷. Precisamente se trata de una de las diferencias entre esta extinción y la condición resolutoria explícita, regulada como sabemos en el artículo 1504 CC; esta última solo puede ser activada por la parte *in bonis*, que además puede optar por requerir a la otra parte el cumplimiento y no la resolución.

En el marco de aplicación de la legislación urbanística, y existiendo plazo para edificar en el planeamiento, la sustitución de la extinción automática por la citada condición resolutoria solo sería posible en relación con el plazo que pudiera mediar entre el otorgado al superficiario y el previsto por el plan, cuando este último sea mayor que aquel⁸⁸; quizá también podría extenderse el título constitutivo a regular los efectos que entre las partes ha de implicar el juego de la extinción automática del derecho de superficie, ya que los mismos, como hemos apuntado y desarrollaremos algo más en relación con la legislación urbanística vigente, no aparecen contemplados en dicha legislación.

b2) La incoherencia de aplicar la extinción por incumplimiento del plazo para edificar establecido en el planeamiento a la superficie otorgada entre particulares

Si la normativa urbanística solo se aplicase imperativamente a la superficie otorgada por una persona pública, todas las alternativas destacadas anteriormente podrían aplicarse, sin restricción alguna y aunque el planeamiento señalase un plazo para edificar, al

⁸⁷ Porque la extinción automática parece pensar en el interés superior del cumplimiento del plan, mientras que el propietario del suelo puede ser el obligado a construir por encargo del superficiario.

⁸⁸ Es decir que, por poner un ejemplo, si la legislación urbanística aludida se aplicase a la superficie constituida por una persona privada, se hubiera pactado un plazo para edificar de dos años, con condición resolutoria expresa para el caso de incumplimiento por el superficiario, y el plan estableciera un máximo de seis para realizar la edificación, la situación sería la siguiente: como la condición resolutoria queda a disposición del concedente de superficie, nada impediría que pasados los dos años requiriese el cumplimiento al superficiario y no la resolución, así como que no pudiera instar la resolución si la infracción del plazo fuera debida a su propio incumplimiento. Pero pasados seis años la extinción automática operaría y podría instar su declaración el propio superficiario (con independencia de los efectos contractuales), la Administración, o incluso el propietario cuyo incumplimiento hubiera causado la infracción del plazo (también con independencia de los efectos contractuales); porque el interés protegido se impone al de las partes y consiste en la ejecución del plan. Ya veremos lo grave y perturbador que puede ser esto cuando se pretende aplicar al derecho constituido por un particular que puede ser, incluso, el promotor encargado de realizar la edificación por el superficiario. Pero la extinción automática opera así, y forma parte de la legislación urbanística: cualquier esfuerzo por interpretar esta última evitando el juego de dicha extinción es, simplemente, inviable.

derecho de superficie otorgado entre particulares. Sin perjuicio, claro está, de la aplicación de la legislación sobre disciplina urbanística establecida para garantizar el cumplimiento de dichos plazos, así como de las consecuencias contractuales que de esas medidas disciplinarias puedan derivarse, estén previstas o no en el reiterado título constitutivo del derecho de superficie.

El obstáculo representado por el hecho de que la extinción automática por transcurso del plazo previsto en el planeamiento proteja un interés indisponible para los particulares, cual es la ejecución temporánea de los planes, puede superarse mediante una interpretación teleológica de la legislación urbanística sobre el derecho de superficie; porque la tremenda problemática que implica asumir el uso del régimen legal del derecho de superficie como refuerzo de la disciplina urbanística, sobre todo en un marco caracterizado por la frecuente inaplicación de esta, solo se ve compensado con alguna ventaja en el caso del constituido por personas públicas; tratándose del constituido entre particulares no existirá beneficio alguno para el interés general, por las siguientes consideraciones:

1. Si la edificación no se terminó en el plazo contemplado por el planeamiento, hacer que el derecho de superficie se extinga no va a favorecer su efectiva ejecución con el menor retraso posible⁸⁹; entre otras cosas porque eso dependerá, en el mejor de los casos, de la voluntad y de los medios de que disponga el dueño del suelo, que no tienen por qué ser mejores que los del superficiario⁹⁰. Si existiera edificación parcial, y habida cuenta del silencio de la legislación urbanística sobre todos los efectos derivados de la extinción automática, lo que se producirá será un litigio civil entre el dueño del suelo y el superficiario, que en nada vendría a favorecer esa rápida terminación sino más bien todo lo contrario⁹¹.

⁸⁹ Interés general que sustituye al lesionado definitivamente, porque sea quien sea el otorgante del derecho de superficie extinguido por incumplimiento del plazo para edificar, está claro que ya no se va a poder satisfacer el interés consistente en que se construya en plazo.

⁹⁰ Si el concedente del derecho fuera una administración pública, por el contrario, esa extinción sí tendría algunas ventajas: permitiría la recuperación de la plena disponibilidad del suelo muy ágilmente, mediante la declaración de extinción del derecho de superficie en vía administrativa y a partir de la presunción de validez de los correspondientes actos, que muy probablemente incluirán la ocupación material de la edificación parcialmente realizada. Al propio tiempo, y como ha de suponerse que la Administración es la mejor garante del interés público, esa rapidez favorecerá la adopción de medidas tendentes a que la edificación concluya con el menor retraso posible. En cualquier caso, evitaría o limitaría drásticamente la discrecionalidad de la Administración para conceder aplazamientos en unos casos y no en otros, dado que, siendo automática y por interés general, cualquier interesado podría invocar la extinción del derecho; quizá incluso ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa y en ejercicio de la acción pública urbanística, al tener como consecuencia una infracción del planeamiento.

⁹¹ Como ya vimos en el apartado 4.2 de este trabajo la legislación urbanística nunca se ha referido a la situación de la obra parcialmente realizada por el superficiario al extinguirse el plazo de que dispusiera para realizarla, o incluso terminada pero fuera del mismo.

2. Si la edificación se terminó efectivamente, aunque fuera del plazo previsto en el planeamiento y sin que la Administración adoptase ninguna medida disciplinaria, la cuestión que plantea nuestra extinción automática es si resulta admisible que el dueño del suelo, o sus acreedores, puedan instar la declaración de extinción del derecho de superficie; ignoramos cuál sería el beneficio que semejante «sanción» del superficiario, y de quienes adquiriesen de éste pisos y locales en régimen de superficie, habría de reportar al interés público⁹².

3. Supongamos, por último, que el interés público implicado en el efectivo cumplimiento de los plazos edificatorios del planeamiento exigiera, efectivamente, la extinción de cualquier derecho de superficie, aunque se hubiera establecido entre particulares y como mecanismo de lo que los penalistas consideran como prevención general, es decir para escarmiento de otros superficiarios que pretendieran incumplir esos plazos. Si ello fuera así se entendería mal que la medida no haya de ser aplicada, analógicamente o a través de los principios generales del derecho, a cualquier otro derecho real en cuyo ejercicio se pueda producir el mismo incumplimiento de tan indisponible interés público; basta con que fijemos nuestra atención en un derecho de usufructo para edificar⁹³ y cómo, a través de esa figura, el usufructuario podría vulnerar también el plazo para construir establecido en el planeamiento; pero extender la extinción automática de tal manera supone alterar drásticamente el principio de autonomía de la voluntad en la constitución de derechos reales entre particulares (quizá también de derechos de crédito, si pensamos en el arrendamiento para mejorar o edificar). La única manera de evitar la propagación de semejante virus, procedente de los principios del Derecho administrativo, en el Derecho privado, es restringir también la extinción por incumplimiento del plazo de edificación del planeamiento a la superficie otorgada por personas públicas.

4. Ha de considerarse además que el establecimiento de un plazo para edificar, vinculado a la extinción automática del dere-

⁹² Si ese propietario fuera la Administración, en tanto tutora del interés lesionado por el retraso, la apropiación de lo edificado podría explicarse, al menos, como sanción por la lesión de dicho interés, o bien como indemnización compensatoria del perjuicio causado al mismo; si se trata de un propietario particular, solo provoca una aleatoria transmisión de bienes. Pero es que todo esto es el resultado de una legislación urbanística que solo merece el piadoso calificativo de «discutible», y que sin embargo permanece en tal situación desde hace 60 años, gracias a que la superficie para edificar tiene muy escasa aplicación entre particulares.

⁹³ Sabemos que el usufructuario puede hacer cuantas «mejoras útiles o de recreo» estime convenientes en la cosa usufructuada (art. 487 CC), y que el límite del derecho de usufructo, consistente en conservar la forma y sustancia de la misma, puede ser removido mediante el título constitutivo (art. 467 CC); de manera que el usufructo que utilizamos como mero ejemplo sería perfectamente viable, desde la perspectiva del Derecho civil, sin necesidad de acudir tan siquiera a la tesis del número abierto de derechos reales.

cho de superficie en caso de incumplimiento, puede dar lugar a la curiosa paradoja de que el concedente, cuando a la vez sea el promotor de la edificación, resulte beneficiado con su propio incumplimiento⁹⁴, en claro perjuicio de los adquirentes de derechos de superficie sobre pisos y locales en construcción o terminados; todo ello, como ya demostramos, sin beneficio o compensación alguna para el interés público lesionado⁹⁵.

Creemos que los anteriores argumentos permiten afirmar lo ineficiente y perturbadora que puede ser la extinción automática del derecho de superficie para edificar otorgado entre particulares, cuando se trata de proteger el interés público consistente en que se edifique en los plazos previstos por el planeamiento; quizá autoricen también a pretender, mediante el recurso a los criterios lógico y teleológico aplicables para la interpretación de las normas jurídicas, que dicha extinción automática quede limitada a la superficie otorgada por personas públicas⁹⁶.

6. LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL REGLAMENTO HIPOTECARIO

6.1 REDACCIÓN ORIGINAL: PROBLEMAS DE LEGALIDAD

Mediante el Decreto 393/1959, de 17 de marzo, por el que se modificaron determinados artículos del Reglamento para la ejecución de la LH, se incorporó en el mencionado texto normativo, y más

⁹⁴ Como ejemplo podemos citar el supuesto de hecho abordado en la interesante STS de 26-11-2002 (RJ 2002/9935), relacionada en el posterior apartado 7.4 de este trabajo entre las que proclaman la tesis dualista. Se trataba de un derecho de superficie otorgado en documento privado y relativo a un local comercial futuro, autorizándose por el superficiario a la comunidad de propietarios concedente para contratar su construcción. Seguramente se trataba de construcción mediante la llamada «gestión de comunidades», en que el promotor aparece difuminado bajo una entidad gestora; pero el caso es que, si la comunidad constituyente del derecho de superficie no construyera en plazo, la aplicación de la extinción automática nos llevaría a dar por extinguido el derecho del superficiario, que quedaría con una mera acción personal indemnizatoria y no como titular de un derecho real, en beneficio de la citada comunidad o de sus acreedores.

⁹⁵ Resulta bastante evidente que tal situación no podrá darse en el caso de superficie constituida por una persona pública, dado que el derecho se concede precisamente para que el superficiario sea quien edifique, bien por sí mismo o contratando la obra con un tercero.

⁹⁶ Entre otras muchas, que seguramente habremos pasado por alto, quedaría sin resolver la cuestión relativa a si la voluntaria previsión de un plazo para edificar que no establezca las consecuencias de su contravención, tratándose de superficie constituida entre particulares, habría de suponer la aplicación de la extinción automática prevista en la legislación urbanística, si bien en un papel de mero derecho supletorio para tales supuestos; entendemos que tal regulación quedaría también desplazada por los remedios generales del Derecho Civil para el caso de incumplimiento de los contratos, dado que parece más adecuada para la protección de los intereses en conflicto y que la extinción automática nos conduce al callejón sin salida derivado de la falta de previsión sobre sus efectos concretos.

concretamente en su artículo 16, una regulación de la inscripción registral del derecho de superficie que, en alguna medida, pretendía ampararse en el régimen sustantivo contemplado para dicho derecho por la Ley del suelo de 1956. Como aspectos fundamentales de ese régimen registral relacionado directamente con las previsiones de la legislación urbanística, y sin entrar por tanto en aquellos otros que podrían ampararse en el principio de especialidad contemplado en el artículo 9 de la LH, podríamos citar los siguientes:

1. En el apartado A del citado artículo 16 se establecía la adquisición de la edificación superficiaria por el dueño del suelo, al transcurrir el plazo de duración del derecho de superficie; coincidía en tal punto con lo dispuesto en el artículo 161.2 de la Ley del suelo de 1956, pero al propio tiempo se incorporaba la posibilidad de un «pacto en contrario» en relación con dicho efecto, sin amparo alguno en la mencionada ley⁹⁷.

2. El apartado C de ese mismo precepto reglamentario imponía un límite de 5 años al plazo pactado para realizar la edificación, que necesariamente había de incluirse en el título constitutivo del derecho; con ello la norma reglamentaria podía estar incurriendo en una nueva extralimitación, al extender ese plazo máximo a cualquier derecho de superficie (recordemos que el artículo 159.1 de la Ley del suelo de 1956 solo lo imponía en el caso de superficie otorgada por el Estado y demás personas públicas). Y si no criticamos la propia necesidad de que constara en el título constitutivo algún plazo para edificar es porque nosotros creemos que esa necesidad siempre ha estado presupuesta en la legislación urbanística, siendo una razón más para inclinarse por su inaplicación al otorgado entre particulares.

3. También se contemplaba, por esta vía reglamentaria, la imposibilidad absoluta de inscribir las estipulaciones que sometieran el derecho de superficie a comiso.

6.2 LA MODIFICACIÓN POR RD 1867/1998 Y SU ULTERIOR DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD

El RD 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modificaban determinados artículos del Reglamento Hipotecario, dio nueva regulación al derecho de superficie; la norma trataba de ampararse en la necesidad de homologar los plazos de duración del derecho

⁹⁷ Lo que sí se establecía en la citada norma urbanística era que, salvo pacto en contrario, el dueño del suelo habría de satisfacer una indemnización equivalente al valor de la edificación superficiaria, según el estado de la misma.

con los establecidos por la legislación urbanística reguladora del derecho de superficie, a partir de la trascendental reforma operada en esta última por la Ley 19/75 y el Texto Refundido de 1976 (75 años si se concedía por personas públicas y 99 si se otorgaba entre particulares).

Aprovechando esa ocasión, el Reglamento pasaba a admitir el pacto de retención de parte de la edificación por el superficiario al extinguirse el usufructo, pese a la redacción literal e inequívoca de la legislación urbanística vigente y según la cual el dueño del suelo adquiriría su propiedad «sin que deba satisfacer indemnización alguna al superficiario»; también preveía la prórroga de la situación superficiaria antes de su vencimiento «por otro período no superior al máximo legal», no quedando demasiado claro, como de costumbre, si ese límite se refería al periodo de la prórroga (¡otros 75 o 99 años!), o más bien a que la suma del plazo fijado inicialmente y el de la prórroga no superasen los 75 o 99 años. Hemos de mencionar también la previsión relativa a que el transcurso del plazo establecido para realizar la edificación no impediría la inscripción de la declaración de la obra nueva, siempre que el régimen del derecho de superficie estuviera aún vigente e inscrito, pareciendo claro que el ejecutivo se refería a la inscripción de la obra nueva solicitada por el «superficiario» y aunque constara su terminación después del reiterado plazo (por difícil que resultase compatibilizar la «vigencia» del derecho de superficie, con la extinción automática prevista en la legislación urbanística para semejante supuesto).

Podríamos entender que la nueva redacción del Reglamento Hipotecario era vicaria de la tesis dualista sobre el derecho de superficie para edificar, de modo que sus preceptos, manifiestamente contrarios a las previsiones de la legislación urbanística, se destinarían exclusivamente a regular la inscripción registral del derecho de superficie constituido entre particulares; pero, aparte de que no creemos que esa fuera la posición de los redactores del citado reglamento, tampoco en el Derecho civil podríamos encontrar cobertura alguna de rango legal para un Real Decreto que establecía una regulación detallada de un derecho real limitativo del dominio, y por lo tanto de las facultades dispositivas del propietario de bienes inmuebles en cuanto al establecimiento de gravámenes reales⁹⁸.

⁹⁸ Sería interminable la relación de los autores que han criticado esta tendencia del Reglamento Hipotecario y los numerosos ámbitos en que se ha aplicado, incluidos nosotros mismos. Vamos a limitarnos a mencionar los términos rotundos en que se manifiestan, en alusión expresa al artículo 16.1 del Decreto de 17-3-1959, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en particular*, vol. III, tomo II, Madrid, 2012, p. 128: «decía cómo había de constituirse el derecho para que se pudiera inscribir, invadiendo así el ámbito de la Ley, que es la que ha de hacerlo. En realidad, quiso regular sustantivamente el derecho de superficie».

La inclinación por regular la propiedad mediante reglamentos *contra*, o como mínimo *extra legem*, se ha ido convirtiendo en una constante del Reglamento Hipotecario⁹⁹, y también de otras normas del mismo rango relativas a la inscripción de bienes inmuebles¹⁰⁰; a menudo esa tendencia tiene su origen en la tensión entre lo que se considera que «hay que hacer» y la legislación vigente, entendida como un obstáculo a remover por métodos expeditivos e incompatibles con el procedimiento de elaboración de las leyes¹⁰¹. Esta tendencia, sin embargo, fue parcialmente frenada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 31-1-2001 (RJ 2001/1083), que declaró ilegal la regulación del derecho de superficie contenida en el RD 1867/1998 con la rotunda afirmación de que «*La coherencia y armonía de un sistema jurídico permite diferentes significantes siempre que no se altere el significado del signo jurídico, y sin que el factor tiempo, que impulsa el cambio y la evolución de éste, justifique que la transformación se produzca a través de un método inadecuado, como podría ser la vía reglamentaria praeter aut contra legem, pues, de procederse así, se arrumbarían principios en los que el propio sistema se asienta, cual son los de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica, proclamados en el artículo 9 de la Constitución, que requieren que el ejercicio de la potestad regla-*

⁹⁹ Nosotros añadiríamos, a los problemas planteados por este modo de actuar del Ejecutivo, que entre las acciones contempladas en el artículo 66 de la LH para impugnar las calificaciones registrales en vía gubernativa no parece preverse el acceso al recurso contencioso-administrativo, sino en todo caso el recurso ante el Juzgado de Primera Instancia; este dato podría afectar a la tutela judicial efectiva, y por ello a la propia constitucionalidad de la Ley Hipotecaria, en tanto pudiera implicar la imposibilidad de impugnar el Reglamento Hipotecario mediante la vía indirecta desarrollada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

¹⁰⁰ Nos referimos, concretamente, al Real Decreto 1093/1997, sobre normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre la inscripción de actos de «naturaleza urbanística» que, sin embargo, también incluye el régimen para la inscripción de actos tan exquisitamente privados como la declaración de obra nueva y las divisiones y segregaciones de terrenos. Sobre la aplicación práctica de toda esa normativa reglamentaria, situada sistemáticamente al margen del Reglamento Hipotecario, puede consultarse nuestro trabajo LÓPEZ FERNÁNDEZ, *Legislación urbanística e inscripción...*, cit.

¹⁰¹ El fundamento se busca ocasionalmente en axiomas clásicos que han logrado fortuna, como aquel en el cual se destaca que «*no se hizo el hombre para el Derecho, sino el Derecho para el hombre*»; curiosamente el texto parece trasposición de la manifestación de Jesús citada en Marcos 2:27: «*El sábado por causa del hombre es hecho; no el hombre por causa del sábado*». Decimos que es curioso este paralelismo, porque con dicha afirmación Jesús no pretendía disculpar el incumplimiento de la Ley de Dios, sino precisamente el exceso en que había incurrido la *Mishná* en su pretendido desarrollo «reglamentario», incluyendo nada menos que 39 categorías de actividades prohibidas en sábado y desarrollando las permitidas minuciosamente. Como es sabido esos excesos reglamentarios condujeron a los partidarios de la corriente interpretativa más extremista (llamada *halaká*), a morir a manos de los sirios, por abandonar sus fortificaciones en sábado durante la etapa histórica de los Macabeos. Fue el exceso reglamentario, no la Ley, que por otro lado era mucho más inamovible que las procedentes de cualquier órgano parlamentario, lo que provocaba la tragedia.

mentaria respete la Constitución y las leyes (artículo 97 de la propia Constitución)».

En cualquier caso las características que ha de reunir el derecho de superficie para ser inscrito siguen estando, en la práctica, sometidas a la doctrina emanada de las resoluciones de la DGRN y a las prescripciones establecidas en la legislación urbanística, representada en los momentos actuales por el TRLS de 2015 al cual luego habremos de hacer referencia; pero recordemos, una vez más, que no resulta indubitada la aplicación de esa legislación urbanística a todo derecho de superficie para edificar, y que su contenido sigue dejando enormes lagunas precisadas de integración.

7. LA TESIS DUALISTA SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE SUPERFICIE PARA EDIFICAR

7.1 ALCANCE Y JUSTIFICACIÓN DE ESTA TESIS: NUESTRA POSTURA PERSONAL

Como se deducirá de lo que ya hemos venido diciendo, al hablar de la tesis dualista no nos estamos refiriendo a la existencia de una superficie regida principalmente por el Derecho civil y a otra en la cual este Derecho es meramente supletorio del régimen contemplado en la legislación urbanística; esta clase de «dualismo» se deriva directamente de la mencionada legislación, cuyo ámbito se relaciona de manera expresa y exclusiva con la superficie para fines constructivos o edificatorios; el dualismo al que nos referimos alude, más concretamente, a la existencia de un doble régimen en el propio ámbito del derecho de superficie para edificar usualmente conocido como «superficie urbana»¹⁰².

Los autores y la jurisprudencia partidarios del dualismo llaman «superficie urbana común», o simplemente «superficie civil», a la superficie para edificar regida por el Derecho civil (al menos prioritariamente), reservando la calificación de «superficie urbanística» para la regulada por la legislación de tal carácter. El criterio que quizá podríamos considerar como mayoritario, para adscribir un concreto derecho de superficie para edificar a alguna de esas dos categorías, parte de considerar si la construcción se va a desa-

¹⁰² Por todos: CÁMARA ÁGUILA, en *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, coordinado por BERCOVITZ, Madrid, 2013, pp. 313-314, circunscribiendo al propio ámbito de la superficie urbana la cuestión sobre la tesis dualista o la tesis unitaria (también conocida como monista).

rollar dentro del marco de los planes de ordenación o no, calificándolo en el primero de los supuestos como urbanístico.

El problema de acudir al citado método de clasificación es que una de las funciones principales del plan general, o del instrumento de ejecución correspondiente de nivel municipal, consiste en clasificar el suelo en urbanizado y rural, de manera que cualquier actividad edificatoria, entendida en el sentido más amplio, ha de verificarse según los criterios legales establecidos para cada una de esas clases de suelo y someterse siempre a licencia urbanística¹⁰³; de ello se deriva que todas las edificaciones e instalaciones se efectuarán, más o menos directamente, «dentro del marco de los planes de ordenación»¹⁰⁴. Nosotros ya hemos argumentado nuestra postura sobre la necesidad de acudir al dualismo por la radical diferencia de principios existente entre la autonomía de la voluntad, vigente en Derecho civil patrimonial, y el principio de legalidad, entendido, como ya vimos, a la luz de la doctrina de la vinculación positiva de la actuación administrativa; esa legalidad estricta viene siendo progresivamente abandonada por una normativa urbanística sobre la ejecución de los planes que se ha ido orientando hacia la tendencia conocida como «urbanismo concertado», cuya cúspide se encuentra en el convenio urbanístico; sin embargo, curiosa y contradictoriamente, el régimen urbanístico sobre el derecho de superficie sigue manteniendo las líneas generales derivadas de su primera redacción y de la reforma llevada a cabo por la Ley 19/1975¹⁰⁵, con los problemas y contradicciones que también hemos relatado cuando se intenta aplicar a la superficie otorgada entre particulares.

Precisamente por entender así el origen de la naturaleza imperativa del régimen urbanístico de la superficie es por lo que hemos de mostrar nuestro acuerdo con quienes marcan la línea divisoria para la aplicación de la legislación urbanística en atención a la naturaleza, pública o privada, de los intervinientes; dicha legislación está pensada por y para regular la máxima sujeción de la actuación administrativa a la Ley, así como para dotar a dicha administración, en tanto titular de los bienes públicos gravados, de expeditivos métodos de reacción ante determinados incumplimientos del superficiario (señaladamente el del plazo para edificar). Por

¹⁰³ Como destaca, certeramente, CÁMARA ÁGUILA, ob. cit., p. 316.

¹⁰⁴ Otra cosa es que la edificación en concreto ya esté previamente prevista en el planeamiento de nivel municipal, que sea necesario un plan o instrumento de desarrollo de ese planeamiento general que la prevea, o, en su caso, que pueda acudirse directamente a la autorización de la misma (como en el caso de la vivienda unifamiliar en suelo rural común); todo ello será siempre de acuerdo con los criterios establecidos en la legislación urbanística.

¹⁰⁵ Epígrafe 5.2 de este trabajo.

consiguiente consideramos que la mencionada legislación ha de tener carácter meramente dispositivo, como regla general, cuando el derecho de superficie se establezca entre particulares; con la única excepción de que el precepto de la legislación urbanística en cuestión afirme expresamente su aplicación a tales supuestos, o bien que una cuidadosa interpretación del mismo, llevada a cabo a la luz de los principios del Derecho privado patrimonial, nos lleve a tal conclusión¹⁰⁶.

No pretendemos ir más allá, ni apuntar una respuesta para todas las combinaciones posibles entre el carácter público o privado de cada uno de esos intervinientes y de los intereses implicados¹⁰⁷; pero, como ya hemos visto al analizar la regulación anterior, y como veremos también al fijarnos en la actualmente vigente, incluso tratándose del derecho de superficie concedido por personas públicas la regulación urbanística del derecho de superficie resulta deficiente: siendo excesivamente reglamentista donde no debería serlo, no aporta ninguna regla dispositiva para cuestiones tan trascendentales como la situación concreta de la edificación parcialmente realizada por el superficiario, en caso de extinción de su derecho por no terminarla en plazo, o la solución aplicable en caso de destrucción fortuita de la edificación superficiaria durante la vigencia del plazo de duración de la superficie¹⁰⁸.

7.2 EL DUALISMO Y EL MONISMO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Lo cierto es que el derecho de superficie no ha tenido demasiada difusión, especialmente como instrumento para edificaciones de coste muy elevado en relación con el beneficio que espera extraer de ellas el superficiario; esta circunstancia se traduce, a su vez, en una presencia escasa de tal derecho en el conjunto de las resoluciones judiciales; no obstante vamos a seleccionar algunas de las conclusiones más relevantes de dichas resoluciones en relación con el

¹⁰⁶ Como sucedía en la legislación urbanística anteriormente vigente, desde la reforma operada por la Ley del suelo 19/1975 y en cuanto al plazo de duración máxima de 99 años, que se establecía expresamente para el derecho de superficie otorgado entre particulares (ver apartado 4.2 de este trabajo).

¹⁰⁷ Especialmente interesantes resultan las cuestiones relativas a si las administraciones públicas pueden sustituir el régimen urbanístico por el pacto, cuando actúen como particulares y sin estar implicado el interés público (cosa que, por otro lado, resulta difícil de entender), o aquella otra de si la administración pública, interviniendo como superficiaria en una relación llamada a satisfacer un interés público, podrá imponer la aplicación imperativa de la legislación urbanística, aunque hubiera admitido pactos o cláusulas incompatibles con dicha regulación.

¹⁰⁸ Cuestiones que abordaremos en los epígrafes 8.6 y 9 de este trabajo.

dualismo o monismo (también llamado unitarismo) del régimen aplicable a la superficie para edificar; adelantaremos, no obstante, que en nuestro análisis hemos procurado evitar cualquier prejuicio derivado de nuestra tendencia hacia el dualismo, intentando argumentar como lo haría un autor partidario del carácter unitario del derecho de superficie para edificar. Actuando así, la conclusión final de nuestro análisis es que no existen elementos definitivos a favor de una u otra postura, al menos si consideramos que la jurisprudencia debe entenderse concentrada en el fallo emitido para el caso concreto, sin extenderse también a los fundamentos empleados para llegar al mismo; en cuanto a los citados fundamentos, no obstante, parece cierto el predominio de las proclamaciones favorables a la tesis dualista en las resoluciones procedentes de la Jurisdicción civil.

7.3 LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/97, DE 20 DE MARZO

Como sabemos la STC 61/97 (RTC 1997/61) mantuvo las previsiones sustantivas contenidas en el TRLS de 1992 sobre el derecho de superficie, por considerar que se amparaban en la competencia del Estado relativa a la legislación civil; concretamente, en su fundamento 38, afirmó el Alto Tribunal que: *«es evidente que la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del art. 149.1.8.º CE, corresponde al Estado establecer. Por ello, los arts. 287.2 y 3, 288.3, y 289 TRLS (reconocimiento del derecho de superficie; su tráfico jurídico-privado, y su extinción) son conformes al orden constitucional de competencias, sin que quepa apreciar en su regulación extralimitación alguna»*.

No es extraño, por tanto, que los autores partidarios de la tesis monista aludan a esta sentencia, porque si la regulación del derecho de superficie para edificar contenida en la legislación urbanística es materialmente civil, parece lógico que resulte también aplicable a la constituida entre particulares¹⁰⁹.

Contra esa razonable afirmación puede argumentarse, no obstante, que no sería la primera vez que el Derecho civil establece un régimen jurídico diverso o «modalizado», en atención al carácter público o privado de las personas intervinientes en una situación jurídica con-

¹⁰⁹ Como afirman los defensores de dicha tesis unitaria o monista, cuyos argumentos resume CÁMARA ÁGUILA, en *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, coordinado por BERCOVITZ, pp. 315-316, Madrid, 2013.

creta, y que por lo tanto la afirmación del carácter civil de una norma no supone necesariamente que su destinatario principal o exclusivo no sea una administración pública. Así se hace, por ejemplo, cuando el Código Civil regula la sucesión a favor del Estado; también en la Ley Hipotecaria, al contemplar la certificación administrativa como título inmatriculador, pero solo cuando se trata de bienes inmuebles cuyo titular es una administración pública. Las normas citadas no pierden su naturaleza civil por el hecho de que su destinatario sea una persona pública que va a actuar en una relación jurídica sustantivamente privada, es decir en lo que el Tribunal Constitucional definió como «tráfico jurídico-privado» del derecho de superficie.

El Tribunal Constitucional podría haber llegado, por tanto, a la misma declaración de que el régimen del derecho de superficie contenido en la legislación urbanística es sustantivamente legislación civil, aunque de una manera clara y terminante se hubiera hecho constar en los preceptos objeto de impugnación que solo se aplicarían al derecho de superficie constituido por las administraciones públicas, cuando éstas intervinieran en relaciones de derecho privado; no pretendemos afirmar que fuera eso lo que efectivamente quiso decir el Tribunal Constitucional, pero lo cierto es que el tema relativo a los destinatarios de los preceptos que fueron declarados conformes con la Constitución española no fue parte del fallo, ni tampoco constituyó el objeto del recurso de inconstitucionalidad planteado, que como siempre ha sucedido en relación con el Derecho urbanístico del Estado español oscilaba en torno al aburrido y recurrente tema competencial.

Con ello queremos decir que no pensamos que los jueces y tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, al mantenerse en los postulados de la tesis dualista, estén incumpliendo el mandato del artículo 40.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, que les impone adaptar su doctrina a la del Tribunal Constitucional¹¹⁰.

7.4 LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15-6-1984 Y DE 26-11-2002¹¹¹

En el caso que dio lugar a la STS de 15-6-1984 (RJ 1984/3243) se trataba de la acción dirigida a la disolución de la relación jurídi-

¹¹⁰ Como es sabido, y según el citado artículo 40.2 de la Ley Orgánica 2/1979: «En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales».

¹¹¹ Al parecer la STS de 4 julio 1928, citada por el Alto Tribunal en la de 26-11-2002 (RJ 2002/9935), había proclamado también que para reconocer la existencia legal del derecho de superficie *es menester que se demuestre con la escritura de creación o con algún*

ca creada para la explotación de una granja porcina, situada a mitad de camino entre la comunidad y la sociedad civil (de hecho en la resolución se habla algunas veces de sociedad y otras de comunidad); el «socio» demandado había aportado una finca agrícola, reservándose el derecho de superficie para determinadas edificaciones y tratándose, por tanto, de una inequívoca superficie para edificar o construir; promovida subasta por los demás, como medio de extinción de la «comunidad social», el demandado superficiario pretendía que esas edificaciones quedaran excluidas de la venta pública; los demandantes alegaban que las construcciones debían ser enajenadas junto con la finca, porque no podía estimarse la existencia de un derecho de superficie que no constaba en escritura pública ni había sido inscrito en el Registro de la Propiedad.

En primera instancia se estimó la pretensión de estos últimos socios, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación promovido por el socio demandado, admitiendo que la forma no es requisito esencial para la constitución del derecho de superficie; el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, quedando claro por sus argumentos que asumía la tesis dualista relativa al derecho de superficie; más concretamente, y en su considerando número dos, afirmó con rotundidad que el mencionado derecho: *«tiene una singularidad diferenciable del censo enfiteúutico, si se constituye por tiempo indefinido, y del arrendamiento, si es por tiempo limitado a los que se vino asimilándola, que conduce a que no requiera su necesaria constitución a medio de escritura pública, o sea a modo “ad solemnitatem”, salvo concretos supuestos en que así se establezca como vino siendo en normativa referida a Ley del Suelo, rigiendo en consecuencia cuando esta exigencia no*

*otro documento justificativo; no se trae a colación aquí por el evidente motivo de que, al producirse, no existía regulación alguna del derecho de superficie en la legislación urbanística estatal. Podría tener también interés la STS de 1-2-1979 (RJ 1979/420), cuyo considerando número dos afirma (textualmente) que «aun sin generalizar la exigencia formal de la escritura pública y la inscripción en el Registro ordenada como constitutiva en el art. 172, párr. 2.º, de la Ley sobre Régimen del Suelo –refundición aprobada por R. D. de 9 abril 1976– y en el art. 16, ap. 1.º, del Regl. H., teniendo en cuenta que el Fuero Nuevo navarro no establece una forma determinada, en todo caso será indispensable una inequívoca declaración de voluntad de los contratantes para dar por constituido el derecho de superficie»; pero, por un lado, se interpone en el debate la legislación foral de Navarra, de manera que podríamos entender que el motivo de no generalizar la exigencia de escritura e inscripción previstas en la legislación urbanística no radica en que dicha legislación se limite a la modalidad urbanística del mencionado derecho, sino en la prevalencia de la mencionada legislación foral; además, en este último caso, no se consideró probada la existencia de negocio jurídico alguno orientado a constituir un derecho de superficie, sino que la relación jurídica existente entre demandante y demandado se calificó como arrendamiento; estas razones nos impiden entender las manifestaciones del Tribunal Supremo, hechas en la citada sentencia de 1-2-79 y relativas a la imposibilidad de generalizar los requisitos documentales establecidos en la regulación urbanística del derecho de superficie, como algo más que meros *obiter dicta*.*

venga legalmente establecida, cual sucede en el presente caso, por las reglas generales que al respecto establecen los arts. 1278, 1279 y 1280 del C. Civ., y por tanto por el principio espiritualista de la libertad de contratación»¹¹².

En la interesante STS de 26-11-2002 (RJ 2002/9935) se abordó el caso de un derecho de superficie otorgado en documento privado y relativo a un local comercial futuro, autorizándose por el superficiario a la comunidad de propietarios concedente para contratar su construcción; finalizada la obra, y otorgada escritura de cesión del derecho de superficie, se rechazó su inscripción en el Registro, por no constar inscrito el local como finca independiente y porque no se consideró posible constituir el derecho de superficie sobre un local ya construido; se basaba la calificación negativa en la regulación contenida en el Reglamento Hipotecario y en el TRLS de 1992; en vista de ello, y también probablemente de que el local no podía destinarse al uso que pretendía¹¹³, el superficiario planteó demanda sobre declaración de nulidad del contrato frente a la comunidad de propietarios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia estimó el recurso planteado por el demandante; el recurso de casación, planteado por la comunidad de propietarios, fue estimado por el TS. Bajo nuestro punto de vista resultan especialmente destacables los siguientes razonamientos de esta resolución judicial:

1. «... no ha llegado a exigirse por esta Sala, para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo, precisamente en atención al

¹¹² La STSJ de Galicia de 29-4-1999 (RJ 1999/4624) también acepta formalmente la tesis dualista proclamada en este fundamento de la STS de 15-6-1984; pero en aquel supuesto se trataba de superficie pretendidamente constituida a favor de un Ayuntamiento y sobre un monte vecinal en mano común, y por tanto entendió que resultaba aplicable la regulación especial establecida en el apartado 4 del artículo 3 de la Ley 5/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común, según el cual el derecho de superficie ha de constituirse necesariamente en escritura pública, que, como requisito imprescindible para su eficacia, ha de inscribirse en el Registro de la Propiedad. También parecía inclinarse por la prevalencia de la legislación urbanística en tal caso, en atención a la cualidad de las personas intervinientes y los intereses públicos implicados. En consecuencia, y entendiendo aplicables las excepciones contenidas en la citada STS de 15-6-1984, sobre los supuestos en que la escritura e inscripción son requisitos constitutivos, se estimó que no existía derecho de superficie. El interés de esta STSJ radica también en que, tras subrayar la inexistencia de superficie, deja a salvo los efectos obligacionales de la voluntad común manifestada por las partes, aunque sin referirse claramente a la eventual eficacia *inter partes* del propio derecho de superficie.

¹¹³ Según los hechos probados el demandante había adquirido el derecho para la instalación de una farmacia, comprometiéndose él a obtener los permisos necesarios. Luego resultó que no era posible tal destino, de acuerdo con la normativa administrativa sobre el particular, y quizás ello influyó más que notablemente en la demanda de declaración de nulidad; la acción se fundaba en que el contrato carecía de objeto (el derecho no se constituía sobre una parcela de la Asociación, sino sobre un local de la misma), de causa, ante la imposibilidad administrativa de destinar tal local a la finalidad prevista, y de forma, al no haberse logrado la inscripción en el Registro de la Propiedad, que se consideraba por el demandante como requisito esencial para la existencia del derecho de superficie.

principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 del CC... En cuanto se refiere a la institución que nos ocupa, aún cuando el CC carece de una regulación concreta de la misma su mención expresa en el artículo 1611.3.º, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de «numerus apertus» en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados».

2. *«... Es a partir de 1956 cuando el legislador concede un especial relieve a esta figura al considerarla de utilidad para promover la edificación sobre terrenos pertenecientes a la Administración, incluyéndole en el texto de la Ley del Suelo... Ante la duplicidad normativa de esta forma existente, un importante sector de la doctrina entiende que al presente el derecho de superficie puede revestir dos modalidades: la urbana común o clásica, que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer, sobre suelos de esta naturaleza, no tiene por que verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil, y la urbanística que... ha de someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo. Esta Sala no comparte la tesis de la sentencia recurrida, contraria a la admisión de la existencia de esa dualidad de posibilidades o versiones del derecho de superficie, cada una de ellas con su propio régimen jurídico».*
3. *«... Ha de concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, de la actuación que los mismos desarrollan y de las finalidades que por ellos se persiguen. Tal diversidad explica la subsistencia de una diferente normativa, debiendo resaltarse en cuanto se refiere a la contenida en la Ley del Suelo, las siguientes circunstancias... B) Que los preceptos imperativos de la normativa mencionada, al constituir una importante excepción de principio espiritualista de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada, solamente pueden encontrar justificación en aquellas ocasiones o para aquellos supuestos en que se hallen en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración decide utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, careciendo en cambio del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales de particulares que no tienden a conseguir finalidades sociales, sino auténticamente privadas...».*

El Alto Tribunal extrae de todo ello la conclusión de que, en el caso planteado, *«la operación concertada por la Asociación de Propietarios recurrente y el actor, al no rebasar la esfera de los intereses particulares de una y otro, no se hallaba sujeta a la exigencia de inscripción registral constitutiva que para que el derecho de superficie alcance existencia y eficacia jurídica, establece la Ley del suelo, pues ésta no es aplicable al supuesto aquí debatido, ya que los intervinientes en el mismo no son los destinatarios de dicha norma...».* A partir de ahí destaca que la escritura no era sino una fase posterior de un documento privado anterior, en el

cual lo cedido era el derecho de superficie sobre el suelo de la parte de parcela sobre la que habría de edificarse el local, y que, aunque el superficiario no realizó la construcción, autorizó a la asociación concedente para que contratase la realización de las obras; de todo ello deduce que el motivo de casación alegado por esta última había de ser estimado, considerando innecesario el análisis de los demás.

Situados en la tesis dualista, y una vez admitido el predominio de la autonomía de la voluntad en la constitución de derechos reales entre particulares, parece claro que la sentencia también podría haber destacado la posibilidad de constituir superficie, u otro derecho real atípico semejante, sobre edificaciones previamente realizadas¹¹⁴; pero tampoco puede deducirse de esta resolución que estuviera rechazando tal posibilidad, sino que simplemente resolvió el recurso ateniéndose de forma rigurosa al modo en que fue planteado por la asociación concedente. Pero el motivo concreto por el que fue estimado el recurso no deja de tener importancia, porque en la legislación urbanística vigente a la sazón, y de acuerdo con la interpretación de la misma llevada a cabo por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que pasaremos a analizar inmediatamente, no se descartaba la existencia de derecho de superficie entre las partes previa a la escritura e inscripción, sino solamente su eficacia frente a terceros.

7.5 LA DISTINCIÓN ENTRE LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS O ENTRE PARTES DE UN DERECHO REAL

Uno de los motivos por los cuales la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia comentada anteriormente de 31-1-2001(RJ 2001/1083)¹¹⁵, declaró ilegal la regulación reglamentaria del derecho de superficie, fue que imponía la inscripción como requisito de validez. Entendió el Alto Tribunal que tal interpretación era incorrecta, porque la legislación urbanística entonces vigente, constituida por el TRLS de 1992, solo imponía la inscripción registral del derecho de superficie como requisito de eficacia, entendiéndose la Sala que el legislador se refería a la eficacia frente a terceros y no a la que se produce entre el concedente y el superficiario¹¹⁶.

¹¹⁴ Posibilidad que no se contemplaba en el TRLS de 1992, vigente al producirse la sentencia comentada, aunque se admitiera luego, en el artículo 35.1 de la Ley 8/2007, y en el actualmente vigente artículo 53.1 del TRLS de 2015.

¹¹⁵ En el apartado 6.2 de este trabajo.

¹¹⁶ Lo cierto es que la cuestión relativa a la eficacia frente a terceros de los derechos subjetivos en general tampoco está resuelta, ni mucho menos, entre los cultivadores del Derecho privado en general y del civil en particular. En estricta dogmática, y si el derecho

La cuestión es importante para el tema que nos ocupa, porque en los casos que dieron lugar a las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15-6-1984(RJ 1984/3243) y de 26-11-2002 (RJ 2002/9935), vistas anteriormente, el litigio se planteaba entre concedente y superficiario¹¹⁷; ante tal circunstancia es inevitable admitir que no era necesario invocar la tesis dualista para entender que el derecho de superficie establecido en el documento privado tenía eficacia entre las partes, por muy indudable que fuera la proclamación de dicha tesis en los fundamentos de las citadas sentencias, ya que a la misma solución podía haberse llegado mediante la interpretación de la legislación urbanística sobre el derecho de superficie para edificar llevada a cabo por la Sala de lo Contencioso-administrativo.

Siguiendo con este camino argumental y si entendiéramos, como dijimos antes, que la jurisprudencia solo viene constituida por el fallo emitido en el caso concreto, la invocación de la tesis dualista sería un mero *obiter dicta* que no tendría carácter de jurisprudencia, puesto que el fallo habría sido el mismo de aplicar la tesis monista¹¹⁸; de aquí la importancia que dimos al hecho de que la Sentencia de la Sala de lo Civil de 26-11-2002 casara la de la Audiencia provincial por estimar constituido el derecho de superficie sin los requisitos formales exigidos por la legislación urbanística, cosa que no era rotundamente incompatible con dicha legislación¹¹⁹, en lugar

real tiene como característica fundamental diferenciadora la de ser eficaz frente a terceros, resultaría absurdo hablar de un derecho real con eficacia limitada a los intervinientes en el negocio jurídico dirigido a constituirlo; pero la casuística jurisprudencial y la doctrina, buscando a veces una imposible justicia material de casos concretos, aunque sea a costa de sacrificar el valor que tiene la seguridad jurídica, utilizan criterios como el de la «voción al derecho real», para otorgar algunos efectos entre las partes a los derechos reales pendientes de algún trámite para su «plena eficacia». Al tiempo, la tesis sobre la necesidad de que todos respeten los derechos subjetivos ajenos, sean de la clase que sean y en la medida en que los conozcan efectivamente o hubieran podido conocerlos, ha ido configurando una situación un tanto confusa: junto a un sistema de Derecho civil que parte de radicales diferencias entre los derechos reales y los meramente obligatorios (en cuanto a modos de adquirir, usucapión o plazos para la prescripción extintiva de las correspondientes acciones, entre otros muchos aspectos), se viene apreciando una progresiva confusión entre los efectos jurídico-reales y los meramente obligatorios (por naturaleza relativos o *inter partes*), que a su vez va borrando los claros límites que habrían de permitir separar derechos sometidos a un régimen tan diferenciado.

¹¹⁷ En la STS de 15-6-1984 (RJ 1984/3243) se trataba de aportación a una comunidad con reserva del derecho de superficie por el transmitente, y la cuestión se planteó con motivo de la división de la comunidad sin que constara, ni fuera alegado, el hecho de que algún comunero hubiera transmitido su cuota. En la STS de 26-11-2002 (RJ 2002/9935) se abordó un caso todavía más claro de litigio planteado exclusivamente entre el concedente y el superficiario.

¹¹⁸ CÁMARA ÁGUILA, ob. cit., pp. 316-317, entendiendo obviamente que también los fundamentos jurídicos del fallo constituyen jurisprudencia, observa la discrepancia que existe entre la doctrina sentada en la STS (Sala 1.ª), de 26-11-2002 (RJ 2002/9935), y la de la Sala 4.ª del propio TS, de 31-1-2001 (RJ 2001/1083).

¹¹⁹ La Ley 8/2007 cambió la situación, ya que en su artículo 40.2 estableció la escritura e inscripción como requisitos para que el derecho de superficie quedase «válidamente constituido».

de hacerlo por considerar perfectamente válida la constitución de un derecho de superficie sobre una edificación ya terminada, puesto que esta última posibilidad no estaba prevista en la normativa urbanística y solo podría haberse amparado en la aplicación preferente del Derecho privado, pese al carácter meramente supletorio que a éste Derecho le ha otorgado siempre aquella legislación.

Por todo lo expuesto consideramos que las dudas sobre el unitarismo o dualismo del derecho de superficie no están resueltas en las resoluciones de los tribunales; esto añade mayor inseguridad jurídica al régimen legal aplicable al derecho de superficie para edificar otorgado entre particulares y, sin duda alguna, contribuye a su más que escasa utilización como instrumento jurídico.

8. EL RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA LEY 8/2007 Y EL TRLS DE 2015¹²⁰

8.1 MANTENIMIENTO DEL CARÁCTER IMPERATIVO GENERAL PESE AL AUMENTO DE LAS EXCEPCIONES

El artículo 35.4 de la Ley 8/2007 (53.4 TRLS de 2015) mantiene, como regla general, el carácter imperativo de toda su regulación del derecho de superficie, al disponer que «*El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho*»¹²¹; se reitera así el error más grave de este régimen legal, en tanto impide el recurso a la autonomía de la voluntad para evitar la aplicación de sus preceptos más perturbadores.

Es cierto, no obstante, que esa regla general se ha combinado con un ligero incremento de las excepciones, es decir de la llamada expresa a lo dispuesto en el título constitutivo para la regulación de algunas cuestiones en concreto. Pero ese pequeño aumento de las

¹²⁰ Ante la sucesión de textos refundidos que no han alterado el régimen del derecho de superficie contenido en la Ley 8/2007, hemos optado por citar los preceptos de dicha ley y, entre paréntesis, los números correspondientes del texto actualmente vigente, que es el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, citado como TRLS de 2015.

¹²¹ Carece de interés el cambio consistente en llamar al Derecho civil como legislación subsidiaria en lugar de referirse al Derecho privado, como se hacía en el TRLS de 1992, puesto que el Derecho privado relativo a la propiedad y los derechos reales limitados ha sido siempre y tradicionalmente el Derecho civil; tampoco es demasiado relevante alterar el orden existente entre el Derecho civil y el título constitutivo, anteponiendo el primero a lo dispuesto en el segundo (aunque técnicamente la solución sea más correcta), puesto que los mismos principios inspiradores de la legislación civil dan prevalencia al título constitutivo del derecho real, como vimos sobradamente con anterioridad, salvo las excepciones constituidas por las normas civiles imperativas.

excepciones tiene la desventaja interpretativa de confirmar la plena vigencia de la regla general, desautorizando las interpretaciones doctrinales que huyen formalmente de la tesis dualista y, al mismo tiempo, consideran muchos otros preceptos del régimen urbanístico como dispositivos; de ser así, no habría sido necesario que la propia Ley 8/2007 diera prioridad al título constitutivo en esos escasos aspectos adicionales.

Algunas de las citadas apelaciones al título constitutivo son mero desarrollo de las que ya existían en el TRLS de 1992¹²², mientras que otras proceden de la regulación que se contenía en el Reglamento Hipotecario; en este último supuesto se encontraría la previsión incluida en el párrafo segundo del artículo 36.5 de la Ley 8/2007 (54.5 TRLS de 2015), relativa a la admisión de pactos sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie cuando se extinga su plazo de duración¹²³.

A mitad de camino entre estas normas especiales, destinadas a incrementar el juego de la autonomía de la voluntad, y la ampliación de las actuaciones que pueden incluirse en el derecho de superficie, podemos citar la posibilidad de que el referido derecho se constituya sobre edificaciones previamente realizadas¹²⁴; el hecho mismo de que haya sido precisa una reforma legal para que

¹²² Como es el caso de las provisiones relativas a supuestos concretos de transmisión o gravamen del derecho de superficie, contenidas en los apartados 2, 3 y 4, del artículo 36 de la Ley 8/2007, cuyo contenido pasaría al 41 del TRLS de 2008 y luego al 54 del TRLS de 2015, según los cuales: «2. Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo. 3. En la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho o de los elementos a que se refieren, respectivamente, los dos apartados anteriores. 4. El propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste. El subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie».

¹²³ La posibilidad de esos pactos se contemplaba, concretamente, en los artículos 16.1.º A del D 393/1959 y 16.1. A del RD 1867/1998; la ilegalidad de este último fue declarada expresamente, como ya vimos, por la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 31-1-2001 (RJ 2001/1083); luego dichos convenios se admitieron en el citado artículo 36.5 de la Ley 8/2007 (54.5 TRLS de 2015). A falta de esos pactos, la solución es la misma que se establecía en el artículo 289.3 del TRLS de 1992 con carácter exclusivo e imperativo: la adquisición de la edificación por el propietario del suelo, sin tener que abonar indemnización alguna al superficiario.

¹²⁴ Llevada a cabo por el artículo 35.1 Ley 8/2007 (53.1 TRLS de 2015); el carácter imperativo de la legislación urbanística sobre el derecho de superficie, unido a la ausencia de toda referencia, en la legislación urbanística anterior, a la posibilidad de que se constituyera sobre edificaciones ya terminadas, conllevaba la inviabilidad jurídica de dicha alternativa. Personalmente creemos que la superficie sobre edificaciones terminadas es una posibilidad jurídica muy interesante para quien pretende asegurarse la utilización de edificaciones e instalaciones durante un tiempo relativamente largo; sobre todo considerando

los pactos sobre liquidación de la superficie o su constitución sobre edificaciones previas resulten admisibles sería, por sí solo, una buena muestra de la rigidez del régimen urbanístico sobre el derecho de superficie y de lo absurda que resulta su aplicación al constituido entre particulares.

8.2 GENERALIZACIÓN INSUFICIENTE DE LAS FINALIDADES CONTEMPLADAS EN EL RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL DERECHO DE SUPERFICIE

La reforma de la legislación urbanística estatal, llevada a cabo por la Ley 8/2007 profundizó en el proceso de generalización de las actuaciones realizables al amparo de la tradicional superficie para edificar; el artículo 35.1 de la citada Ley 8/2007 (53.1 TRLS de 2015) se refirió a cualquier tipo de construcciones y edificaciones, sin establecer ya diferencia alguna en atención al carácter público o privado del superficiario; permanece, no obstante, la duda acerca de si en esas actuaciones se incluye el concepto más amplio de «instalación», lo cual resulta particularmente importante para delimitar el ámbito material de esta legislación especial; incluso si se es partidario de la tesis unitaria o monista, no sabremos si los «huertos solares», por poner un solo ejemplo de situaciones a mitad de camino entre la plantación y la edificación, son superficie «rústica» (regida prioritariamente por el CC, incluso para dichos autores), o «urbana» (regulada siempre por la legislación urbanística, según esa misma doctrina monista).

8.3 EL DERECHO IMPERATIVO SOBRE LA DURACIÓN MÁXIMA DE LA SUPERFICIE

En cuanto a la duración del derecho de superficie para edificar, la novedad de la Ley 8/2007 consistió en el establecimiento de un único plazo máximo de 99 años, sin hacer ya referencia alguna a si el derecho se establece entre particulares o entre personas públicas; seguimos preguntándonos el motivo por el cual no puede pactarse que se establezca simplemente por el tiempo indefinido que dure la edificación superficiaria; o por qué no puede ser perpetuo, en el caso de limitarse a una parte de la finca que no extraiga sino una pequeña parte de su utilidad, como ya expusimos en su momento y

que la legislación especial sobre arrendamientos, aunque resultara aplicable al caso, ya no garantiza esa estabilidad.

por la similitud planteada entre tal superficie y el derecho real de servidumbre¹²⁵. Todo ello son motivos que, indudablemente, habrán de llevar a un civilista formado en el principio general de libertad de pactos, o meramente en la admisión de la apertura de los tipos de derechos reales previstos por el legislador, a defender la tesis dualista.

Pero es que además, si el establecimiento de un plazo máximo de duración constituye una exigencia tan fundamental del sistema, no entendemos que la legislación urbanística nunca haya determinado algo tan importante como el *dies a quo*, a partir del cual habrá de computarse; en especial cuando, en el marco de la legislación anterior, el problema se complicaba con el establecimiento de determinados requisitos formales para la «efectiva constitución», entendiéndose que los mismos no afectaban a la eficacia entre las partes: ¿se contaba el plazo desde esta eficacia, o desde la eficacia frente a todos?

Incluso si los requisitos formales lo son para la «validez» del derecho de superficie, como sucede desde la Ley 8/2007, la cuestión plantea otra arista; porque en el citado texto se permite la constitución del derecho de superficie sobre edificaciones ya realizadas, sin diferencia alguna en cuanto al plazo de duración máxima. En estas circunstancias, y si quisiéramos apurar el plazo máximo de duración de un derecho de superficie para edificar, la pregunta será si puede pactarse que el plazo de 99 años no comience a correr hasta que se termine la edificación, o bien hasta que se extinga el plazo para edificar otorgado al superficiario (términos que, obviamente, no tienen por qué coincidir).

Admitir solo la primera alternativa supondría superar el plazo de 99 años y dejar inicialmente indeterminada la duración del derecho, ya que es incierto el día en que se terminará la edificación; admitir solamente la segunda, supondrá la posibilidad de que se supere el plazo de 99 años de la propiedad superficiaria sobre el edificio terminado; negar las dos posibilidades propuestas supone permitir, de hecho, una duración mayor de la propiedad superficiaria cuando se constituya sobre edificaciones ya terminadas, en relación con el establecido para la servidumbre *ad aedificandum*.

Sabemos que seguirán siendo escasos, por no decir virtualmente inexistentes, los derechos de superficie constituidos entre particulares para edificaciones destinadas a venta o arrendamiento por el superficiario; también que en los derechos de superficie destinados a instalaciones accesorias de la actividad empresarial del superficiario, mucho más numerosos, se pactará un plazo muy inferior al máximo contenido en la legislación urbanística. Pero

¹²⁵ Apartado 3.3.2 de este trabajo.

esos argumentos no parecen disculpar la imprecisión del legislador, porque ante ellos resulta posible responder con otra pregunta: ¿para qué se establece, entonces, una cifra concreta y tan elevada como plazo máximo?; sobre todo considerando que eso afecta a la posibilidad de establecer el derecho de superficie por todo el tiempo de duración de la edificación superficiaria, de acuerdo con lo que hemos denominado en este trabajo como perpetuidad «impropiamente», en tanto limitada al citado término incierto¹²⁶.

8.4 LOS REQUISITOS FORMALES IMPERATIVOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE SUPERFICIE

La Ley 8/2007 iba a mantener, e incluso reavivar, el debate entre dualistas y monistas, al establecer, en el apartado primero de su artículo 35.2 (53.2 TRLS 2015), que: «*Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad*»¹²⁷. Porque el TRLS de 1992, como la legislación anterior, se refería al deber de hacer constar la constitución del derecho de superficie en escritura pública, mientras que la inscripción registral se contemplaba como requisito constitutivo de su eficacia.

La legislación anterior, por tanto y con su habitual imprecisión, hablaba de una *constitución previa a la escritura*, de manera que la evidente contradicción con esa *otra eficacia que se constituía mediante la inscripción registral* podía salvarse distinguiendo entre la eficacia entre las partes y frente a terceros¹²⁸. La validez a la que se refiere la Ley 8/2007, que se vincula a la acumulación de escritura e inscripción registral, ha pretendido, obviamente, evitar esta última interpretación; aunque la misma aún podría ampararse en la lógica y siempre indeterminada eficacia entre partes de «la promesa de constituir superficie»¹²⁹, complementada en su caso con la

¹²⁶ Apartado 3.3.1 de este trabajo.

¹²⁷ Por el contrario, COBACHO GÓMEZ, en «Reflexiones...», cit., p. 2289, entiende que «*En la actualidad no hay duda de que el artículo 35-2 LSU se aplica a la constitución del derecho de superficie por los particulares*», en el marco de su entendimiento general de que la Ley 8/2007 y el TRLS de 2008 consagran la tesis monista.

¹²⁸ Recordemos que el impreciso tenor del artículo 288.2 del TRLS de 1992 establecía que: «*La constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad*».

¹²⁹ Por aplicación del principio general contenido en el artículo 1862 CC, para la promesa de constituir prenda o hipoteca; en realidad, en esos casos citados, lo que subyace es la tensión entre la eficacia que siempre ha tenido entre las partes el contrato, perfeccionado de acuerdo con el principio espiritualista tradicional en nuestro Derecho civil histórico y consagrado en el artículo 1278 CC, y el establecimiento, con carácter excepcional, de una forma sustancial o solemne en casos excepcionales. En la donación no existe esa dia-

tutela aquiliana del correspondiente derecho frente a quienes conocieran su existencia, o, siempre tal vez, de quienes hubieran podido conocerla con facilidad; queremos decir con ello que la cuestión no tiene por qué estar cerrada, ni siquiera en el ámbito de aplicación de la legislación urbanística sobre la superficie, porque el debate entre los civilistas acerca del deber de respetar las relaciones jurídicas y derechos subjetivos de todo tipo está borrando los contornos entre los derechos reales y los de crédito.

Pero desde luego, y para los partidarios de la tesis dualista en la que se situó formalmente la Jurisprudencia sentada por las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15-6-1984 (RJ 1984/3243) y de 26-11-2002 (RJ 2002/9935)¹³⁰, la nueva regulación establecida en la legislación urbanística habría de resultar intrascendente cuando la superficie se constituyera entre particulares. La cuestión no deja de tener importancia, ante la propagación de derechos de superficie para realizar instalaciones en suelo rústico que van más allá de las meras plantaciones o siembras; porque este suelo, todavía con bastante frecuencia, suele incluir numerosos terrenos no inmatriculados, cuyos dueños pueden verse obligados a dicho trámite si desean constituir derecho de superficie para extraer el mejor rendimiento de su propiedad¹³¹; está claro que seguramente el derecho de usufructo, que no requiere tales requisitos formales para su constitución, sería una buena alternativa, pero no deja de ser lamentable la absoluta falta de sincronía entre distintos regímenes legales, así como la vinculación de la libertad para optar por el derecho más adecuado a la necesidad de evitar obstáculos demasiado formalistas.

8.5 LA INCOMPENSABLE AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE LA EXTINCIÓN «EX LEGE» POR INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO PARA EDIFICAR

El artículo 36.5 párrafo primero de la Ley 8/2007 (54.5 TRLS de 2015) proclamó la extinción del derecho de superficie «*si no se*

léctica, ya que en la del CC no hay diferencia entre el momento obligacional y el dispositivo ni el interés del donatario merece una especial tutela frente al donante; de ahí la plena vigencia de la regla del artículo 633 CC para la donación de inmuebles.

¹³⁰ Referidas en el apartado 7.4 de este trabajo.

¹³¹ Refiriéndose al interés dispensado por la legislación urbanística a la inscripción del derecho de superficie, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en particular*, Vol. III, tomo II, Madrid, 2012, p.126, afirman, con el acierto que les caracteriza, que «*Dar naturaleza constitutiva a la inscripción no parece tener justificación intrínseca, pues es un derecho real que puede ser constituido mediante título y modo (art. 609); no se ve la razón por la que sea más importante entre particulares el derecho de superficie que el de usufructo, por ejemplo*».

*edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución»*¹³². Esta extinción es automática, como hemos venido fundamentando en relación con su tradicional establecimiento en la legislación urbanística anterior, y opera por ministerio de la ley, siendo este uno de los aspectos que la diferencia de la condición resolutoria explícita o implícita para el caso de incumplimiento (aunque no el único, porque el incumplimiento del título constitutivo puede no existir, o incluso ser el incumplidor quien se vea favorecido por la extinción de la superficie, como también creemos haber probado¹³³). En el ámbito de aplicación de la legislación urbanística, por tanto, no parece posible evitar su aplicación o sustituirla por otros remedios, al venir amparada por la preferente aplicación, como derecho imperativo, de toda la regulación contenida en la legislación urbanística; además su finalidad supera el mero interés de las partes, como también se demuestra por su origen histórico y la prioridad que siempre se dispensó al plazo para edificar del planeamiento frente al fijado en el título constitutivo.

Ya comentamos lo perturbadora, además de inútil para la tutela del interés público, que puede ser la extinción automática cuando se trata de aplicar a un derecho de superficie constituido entre particulares; con la legislación urbanística vigente se ha llegado aún más lejos, ampliando el ámbito de esa extinción imperativa mucho más allá del incumplimiento del plazo para edificar que pudiera contemplarse en el planeamiento. Ahora esa extinción se extiende nada menos que a *cualquier disconformidad entre la edificación superficial y la ordenación urbanística*; ya no existe derecho de superficie que no se vea afectado por la amenaza de la extinción imperativa, puesto que la ordenación urbanística siempre impondrá una serie interminable de características que la edificación ha de reunir, aunque no establezca plazos para edificar.

La crítica que merece tal extinción imperativa, si se pretendiera su aplicación a la superficie constituida entre particulares, se agudiza aún más si consideramos que la causa desencadenante de dicha extinción puede ser constitutiva de una infracción urbanística ya prescrita. Porque tampoco sabemos si la acción para que se declare la extinción imperativa por disconformidad con la ordena-

¹³² Se resuelven así las dificultades planteadas por la redacción del precedente artículo 289.1 TRLS 1992, que disponía la extinción del derecho de superficie si no se edificaba en el plazo previsto, «de conformidad con el artículo 35.1 de esta ley», y por la declaración de inconstitucionalidad de ese último precepto, que llevó a defender la referencia al «plazo previsto en la legislación urbanística aplicable».

¹³³ Todas las afirmaciones previas que realizamos en este apartado son consecuencia de los argumentos desarrollados en el epígrafe 5.3 de este trabajo, sobre la extinción por incumplimiento del plazo para edificar previsto en el planeamiento.

ción urbanística prescribe o caduca, ni el término a partir del cual comenzaría a correr su eventual plazo, que de existir no tendría por qué coincidir con el de la prescripción de la infracción urbanística correspondiente; claro que, como vamos a ver inmediatamente, tampoco sabemos cuáles son los efectos de la extinción imperativa sobre la propiedad de la edificación «disconforme», por no mencionar que la propia «disconformidad» es una cuestión sometida al control de los tribunales integrantes de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, mientras que la extinción del derecho de superficie derivada de la misma ha de ser cuestión civil; sin olvidar que la «disconformidad con la ordenación territorial y urbanística» también podría darse aún estando la obra amparada por licencia, pues no son precisamente escasos, en los momentos actuales, los supuestos de licencias concedidas ilegalmente, viéndose el tribunal civil ante la tesitura de asumir o no la presunción de validez de esos actos administrativos, o bien de las resoluciones judiciales firmes que declararon su ilegalidad (veamos, por ejemplo, el caso de los desarrollos urbanísticos madrileños correspondientes a los programas de actuación urbanística de Valdebebas, y pensemos que algunos edificios se hubieran construido y vendido bajo el régimen del derecho de superficie).

Nos parece innecesario seguir con esta relación adicional, en cuanto a la que expusimos con anterioridad¹³⁴, de los inconvenientes planteados por la utilización del régimen aplicable a las relaciones jurídico-privadas para tutelar el interés público consistente en el cumplimiento de los planes; en especial cuando el uso de las medidas disciplinarias, específicamente dispuestas por el Derecho administrativo para tal finalidad, no pasa de una mera anécdota relacionada casi siempre con las obras de ampliación de viviendas unifamiliares realizadas por personas con relevancia pública. Simplemente es una razón más para aferrarse firmemente a la tesis dualista, limitando el ámbito de la «regulación civil del derecho de superficie contenido en la legislación urbanística», y reservándolo para el otorgado por personas públicas, dada la evidente finalidad de limitar su discrecionalidad que inspiró su inicial promulgación¹³⁵; ni siquiera en tal caso, como hemos ido viendo, contiene una regulación razonable y que responda a cuestiones que serían más frecuentes si el derecho existiera en la práctica. En cuanto a la superficie constituida entre particulares, consideramos preferible la ausencia de regulación, perfectamente subsanable mediante los

¹³⁴ «Adicional», en cuanto a la crítica que merecía la extinción imperativa cuando se trataba de la mera infracción del plazo para edificar que pudiera establecerse en el planeamiento, que expusimos en el apartado 5.3 de este trabajo.

¹³⁵ Ver epígrafe 5.2 de este trabajo.

mecanismos dispuestos por el sistema de Derecho civil para integrar las lagunas, al intento de incorporar un régimen jurídico en el cual esas lagunas siguen existiendo, pero que además contiene unas soluciones inadecuadas y traslada unos principios potencialmente destructores del citado sistema jurídico privado.

8.6 EL PROBLEMA DE LA PROPIEDAD DE LAS OBRAS TRAS LA EXTINCIÓN DE LA SUPERFICIE POR DISCONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

La primera versión de la Ley del suelo de 1956 se introducía insuficientemente en esta cuestión, absolutamente fundamental cuando se regula la automática extinción de un derecho real, pero desatendida tras 59 años y cuatro modificaciones de la legislación urbanística; concretamente, el artículo 159.2 de la Ley de 1956 se limitaba a decir que la infracción del deber de construir en el plazo y modo que se hubiese señalado *«provocará siempre la extinción del derecho de superficie, sin que el dueño del suelo esté obligado a indemnizar en cuantía superior a los dos tercios de lo que representare la mejora»*; el problema no consiste tanto en el límite indemnizatorio que establecía la mencionada Ley, como en la ausencia de definición sobre el concepto indemnizado; esta última cuestión ha de ponerse, a su vez, en relación directa con la situación jurídico-real creada tras la extinción de la superficie y, a nuestro juicio, cabían dos alternativas sobre la interpretación del citado precepto:

1. El límite indemnizatorio parte de la automática adquisición por el propietario del suelo de lo parcialmente construido; sobre la base, claro está, de que tal construcción constituyese una «mejora», es decir que incrementara el valor del suelo y fuera útil para el dueño de este¹³⁶. Partiría esta alternativa de aplicar, al incumplimiento del plazo para edificar regulado en el artículo 159 de la Ley del suelo de 1956, los mismos efectos, en cuanto a la propiedad de lo edificado, previstos en el artículo 161 del propio texto legal para el caso de extinción de la superficie por el transcurso del plazo de duración¹³⁷.

¹³⁶ Se trataría así de limitar la indemnización derivada de lo que, desde la perspectiva civil, sería un incumplimiento contractual, porque no podemos olvidar que en el esquema de la Ley de 1956 no existía vinculación alguna entre el plazo para edificar y el del planeamiento, ni exigencia de plazo o límite al mismo para la superficie constituida entre particulares (eso, como vimos, fueron interpretaciones creativas del principio de especialidad llevadas a cabo por el Reglamento Hipotecario).

¹³⁷ De acuerdo con los dos primeros apartados del citado artículo 161 de la Ley del Suelo de 1956: *«1. El derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo que*

2. El propietario del suelo no adquiriría automáticamente la edificación parcialmente realizada, porque lo que se decía clara e inequívocamente para la extinción de la superficie por transcurso de su plazo de duración no se afirmaba también para el caso de no edificarse en el plazo previsto. De este modo una diferencia de redacción tan manifiesta permitiría, aunque sea por excepción, la siempre difícil interpretación *a contrario* de la norma urbanística sobre el efecto jurídico real derivado de la falta de edificación en plazo por el superficiario, para deducir que en el caso de incumplimiento del plazo previsto no se produce la atribución automática de lo edificado al dueño del suelo. Tendríamos que acudir entonces a la aplicación de las normas sobre la accesión¹³⁸, y así, siendo el edificante de buena fe y en virtud de lo dispuesto en el artículo 361 CC, la edificación seguiría siendo del constructor hasta que el dueño del suelo ejercitase alguna de las opciones previstas en este último precepto¹³⁹; por tanto el límite indemnizatorio contemplado en el artículo 159 de la Ley del suelo de 1956 lo sería para el caso de que el dueño del suelo optase por adquirir la edificación pagando el incremento de valor que se aportó a su finca.

se hubiere determinado al constituirlo, que no podrá exceder de cincuenta años en el concedido por el Estado y demás personas públicas. 2. Cuando se extinga el derecho de superficie, el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación y, en defecto de pacto, deberá satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción según el estado de la misma en el momento de la transmisión». Nótese que también el montante de la indemnización resulta distinto al establecido para el caso de extinción por transcurso del plazo fijado para edificar.

¹³⁸ Es cierto que las reglas generales de la accesión no se aplican cuando existiera una relación jurídica entre el edificante y el dueño del suelo que posteriormente se extingue, anula o resuelve, como ha destacado la doctrina, y, por todos: DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en *Sistema de Derecho Civil, volumen III, tomo I, Derechos Reales en general*, pp. 159, Madrid, 2012, con cita de abundante jurisprudencia; según dichos autores, si esa relación jurídica no previera los efectos subsiguientes a dichos eventos se aplicarían supletoriamente las normas sobre liquidación del estado posesorio, que no atribuyen al poseedor de buena fe nada más que un derecho de retención, hasta que se le abone la indemnización correspondiente por el gasto útil. También ORDÁS ALONSO, en *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, coordinado por BERCOVITZ, Madrid, 2013, p. 195, especifica que las reglas de la accesión se aplican cuando no existiera una relación jurídica previa entre los dueños de cosas unidas inseparablemente. Pero aquí no se trata de una causa de extinción relacionada con el agotamiento de la relación jurídica, la nulidad o la resolución del título que atribuía la propiedad al adquirente, en un sistema jurídico causal; se trata de una causa de extinción anormal y «externa» a los vicios del título determinante de su ineficacia, derivada además de una norma que, cuando ha querido afirmar la adquisición de lo edificado por el dueño del suelo, lo ha hecho expresamente, y por tanto de una norma cuya interpretación permite incluso deducir que ha excluido la adquisición automática del dueño del suelo en el caso de incumplimiento del plazo para edificar.

¹³⁹ La actuación del superficiario que sigue construyendo, pese a la evidencia de que no le será posible la terminación en plazo y con el exclusivo fin de dificultar la adquisición del propietario, obteniendo así una situación fáctica que le permita «renegociar» favorablemente, podría considerarse constitutiva de mala fe, a efectos de aplicar el artículo 362 CC, según el cual «El que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado sin derecho a indemnización». Lo mismo podría lograrse mediante la aplicación conjunta de los artículos 6.2, 6.4 y 7.2 CC.

Pero si en la Ley del suelo de 1956 ya se podía plantear esta duda interpretativa, la evolución posterior de la legislación urbanística parece apoyar todavía más las razones para inclinarse por la alternativa consistente en el rechazo de la atribución automática de la propiedad de lo edificado al dueño del suelo en el caso que estamos tratando; al menos ese sería el resultado de una interpretación de dicha evolución legislativa fundada en sus cambios de redacción y sistemáticos, puestos en relación con cada uno de sus precedentes legislativos. Esos criterios pueden ser resumidos en los puntos siguientes:

1.º La reforma operada por la Ley 19/75 agrupó, en el artículo 159, los aspectos relativos a la extinción del derecho de superficie; el primer apartado del citado precepto reunió las causas de extinción, considerando como tales la ausencia de edificación en plazo y la extinción del plazo de duración, mientras que el segundo solo vinculaba la adquisición de la edificación por el dueño del suelo al supuesto de extinción por transcurso del plazo de duración; dada la unidad sistemática que se establecía entre las dos previsiones, la diferencia literal resultaba mucho más llamativa que en la primitiva redacción de la Ley del suelo de 1956 y otorgaba mayor apoyo a la interpretación *a contrario*¹⁴⁰.

2.º Esa misma Ley 19/1975 cambió también la redacción definitiva del supuesto de hecho que daba lugar a la adquisición de la propiedad de lo edificado por el dueño del suelo, ya que la primitiva redacción de la ley del suelo de 1956 entendía producido dicho efecto «cuando se extinga el derecho de superficie», sin mayores precisiones; aunque lo dijera en su artículo 161, destinado a regular la extinción por cumplimiento del plazo de duración y no del de edificar, la posibilidad de aplicar esa adquisición también a la extinción derivada del transcurso de este último plazo podía ser planteada. Sin embargo tras la reforma del artículo 159 por la Ley 19/1975, la adquisición automática por el dueño del suelo se prevenía expresamente para «cuando se extinguiese el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo», que solo parecía posible relacionar con el de duración, aunque este aspecto interpretati-

¹⁴⁰ Decían así los mencionados párrafos del artículo 159 de la Ley 19/1975: «Uno. El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto en el Plan o en el convenio, si fuera menor, o por el transcurso del plazo que se hubiera pactado al constituirlo, que no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por el Estado y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenio entre los particulares. Dos. Cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiere constituido aquel derecho».

vo todavía pudiera merecer alguna duda¹⁴¹; la citada redacción del artículo 159 pasó al artículo 173 del TRLS de 1976.

3.º El artículo 289.3 del TRLS de 1992 mantuvo la misma redacción en su artículo 289.3, pero precisamente ese mantenimiento constituye el argumento histórico definitivo para entender que la adquisición de lo edificado por el dueño del suelo siempre se refirió, en el Derecho urbanístico, única y exclusivamente a la extinción de la superficie por transcurso del plazo para edificar. Porque en el esquema de la adquisición escalonada de facultades, contemplado en la Ley 8/1990 y que dio lugar al TRLS de 1992, si no se edificaba en el plazo previsto por el planeamiento el derecho a la edificación no podía ser adquirido ni por el propietario ni por el superficiario, de acuerdo con el artículo 25.1 de la Ley 8/90 que dio lugar al 37.1 del propio TRLS de 1992¹⁴².

4.º Tampoco cabe duda alguna de que, en el artículo 36.5 de la Ley 8/2007 (54.5 TRLS de 2015), la atribución directa de lo edificado al dueño del suelo solo puede entenderse referida al caso de «transcurso de su plazo de duración» (del derecho de superficie), y no de falta de edificación en el plazo resultante de la ordenación urbanística o de cualquier otra disconformidad entre lo edificado y la citada ordenación; porque esta última reforma ni siquiera ha sido una mera transcripción de la anterior, donde esto ya era claro, sino que se ha prestado especial atención a la atribución automática por transcurso del plazo de duración del derecho, para permitir expresamente su exclusión o alteración mediante pactos contenidos en el título constitutivo.

Por todo ello, bajo nuestro punto de vista y pese a la admiración que nos merecen autores que defienden la asimilación de efectos en todos los casos de extinción imperativa y automática del derecho de

¹⁴¹ En la reforma operada por la Ley 19/1975 también desaparece el límite indemnizatorio que establecía el artículo 159.2 de la Ley de 1956, cosa que admitiría múltiples explicaciones que renunciamos a relacionar, dado que tampoco se supo nunca lo que se estaba indemnizando.

¹⁴² Según el cual «*El derecho a la edificación se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística*»; por su parte el artículo 35.1 del citado texto legal, que aunque fuera declarado inconstitucional ha de servir para interpretar la intención del legislador, contemplaba como plazo para edificar el que constara en la licencia de obras, siendo ese el que se establecía en el artículo 289.1 como plazo máximo cuyo incumplimiento conllevaba la extinción del derecho de superficie. Luego el propietario nunca podría adquirir derecho alguno sobre la edificación si la superficie se extinguía por no terminar la obra el superficiario en el plazo previsto en la licencia. Esa adquisición por el propietario solo podría referirse a la extinción de la superficie por transcurso del plazo de duración del derecho. Que el sistema de adquisición escalonada contemplado por el TRLS de 1992, como consecuencia de la Ley 8/1990, sea inasumible, entre otras cosas porque la edificación terminada fuera de los plazos legales tendría que considerarse como una cosa sin dueño y atribuirse a la Administración del Estado, no impide que ese extraño esquema sirva para interpretar la intención del legislador al regular las consecuencias de la extinción del derecho de superficie.

superficie¹⁴³, creemos que tal solución no está exenta de graves dudas; desde la tesis dualista no parece discutible la posibilidad de regular estos aspectos mediante el título constitutivo del derecho de superficie, que bien podría contener una condición resolutoria expresa con cláusula penal sobre la atribución automática al dueño del suelo de lo parcialmente edificado, según dijimos con anterioridad. El problema será para la superficie concedida por una administración pública, o para el derecho constituido entre particulares si hubiera de aplicarse la solución legal como derecho dispositivo.

8.7 EXTINCIÓN POR DISCONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA Y DERECHOS CONSTITUIDOS POR EL SUPERFICIARIO

Sobre los efectos de la extinción del derecho de superficie en relación con los derechos constituidos por el superficiario a favor de terceros, la solución contemplada por la legislación urbanística también es y ha sido siempre muy compleja, aunque al menos antes el problema solo se planteaba por incumplimiento del plazo de edificación que pudiera prever el planeamiento. Ahora el problema se agrava con la generalización de la extinción automática a cualquier disconformidad entre lo edificado y la ordenación territorial y urbanística. La citada legislación urbanística diferencia, en relación con los derechos constituidos por el superficiario, solo dos supuestos, tal vez alternativos:

1. La extinción del derecho por el transcurso del plazo¹⁴⁴.
2. La reunión, por cualquier otra causa en la misma persona, de los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario¹⁴⁵.

Ante esta confusa redacción podrían plantearse al menos dos interpretaciones alternativas:

- 1.^a Que, cuando alude a la reunión de los derechos de propiedad y del superficiario, la legislación urbanística se está refiriendo

¹⁴³ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en *Sistema de Derecho Civil, volumen III, tomo 2, Derechos Reales en particular*, p. 128, Madrid, 2012. La posibilidad de que el superficiario extinguiere su derecho por renuncia poco antes del vencimiento del plazo, para obtener así una indemnización por las edificaciones a la cual no tendría derecho, que era la base utilizada por los citados autores en ediciones anteriores para trasladar la solución prevista en caso de finalización del plazo de duración del derecho a todo supuesto de extinción, no parece suficiente, dada la enorme diferencia entre la renuncia y el caso que ahora nos ocupa; sin olvidar que, el caso apuntado, supone un fraude de ley tan evidente, y un abuso del derecho a renunciar tan palmario, que tendría un tratamiento más oportuno y matizado aplicando los artículos 6.2, 6.4 y 7.2 del CC.

¹⁴⁴ En la actualidad: artículo 54.5, párrafo 3 del TRLS de 2015.

¹⁴⁵ En la actualidad: artículo 54.5, párrafo 4 del TRLS de 2015.

exclusivamente a lo que la doctrina y jurisprudencia civilista entiende como consolidación, figura jurídica que tampoco desde la perspectiva del Derecho civil puede perjudicar a titulares de derechos constituidos sobre el que se consolida¹⁴⁶.

De asumirse esta alternativa, en el caso de extinguirse el derecho de superficie por no construir de conformidad con la ordenación territorial y urbanística, incluido el plazo que pudiera preverse en la misma y/o el previsto en el título constitutivo, la legislación urbanística carecería de regulación alguna sobre los efectos de esa extinción en los derechos constituidos por el superficiario¹⁴⁷; se podría acudir entonces a las fuentes de regulación subsidiarias previstas en el artículo 35.4 de la Ley 8/2007 (53.4 TRLS de 2015), lo cual nos conduciría también a la extinción de todos los derechos reales constituidos sobre el derecho de superficie extinguido¹⁴⁸; sin embargo la prevalencia, según ese mismo Derecho civil aplicable, de lo dispuesto en el título constitutivo, supondría la posibilidad de un pacto expreso sobre el particular, que podría orientarse por el mantenimiento de esos derechos para el citado supuesto, con pleno respeto de la legislación urbanística.

2.^a Que la reunión de los derechos de propiedad y del superficiario incluye también la «unión» derivada de extinguirse el derecho de superficie por disconformidad de lo edificado con la ordenación urbanística o incumplimiento del plazo establecido para edificar. En realidad estos supuestos no se pueden considerar como variedades de la consolidación, sino que más bien son consecuen-

¹⁴⁶ La consolidación es una figura basada en el principio general del derecho de que nadie puede ostentar un derecho real en cosa ajena sobre cosa propia, como destacan BERCOVITZ ÁLVAREZ: *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, coordinado por BERCOVITZ, Madrid, 2013, p. 59. Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en *Sistema de Derecho Civil, volumen III, tomo I, Derechos Reales en general*, Madrid, 2012, p. 64. Los mismos autores afirman el mantenimiento de los derechos reales de terceros constituidos sobre el que se consolida, invocando para ello el principio general contenido en el artículo 107.1.º de la LH, según el cual: «Podrán también hipotecarse: Primero. El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin».

¹⁴⁷ Como máximo podría extenderse el supuesto a cualquier caso en que la superficie se extinga por voluntad del superficiario, para incluir la renuncia cuando ella sea posible y de acuerdo con la diferencia establecida por el artículo 107.1.º de la LH, transcrito en la nota anterior, entre extinción por voluntad del titular del derecho real o por un hecho ajeno a esta.

¹⁴⁸ Por aplicación del mismo principio ya reiterado del artículo 107.1.º de la LH, según el cual la hipoteca constituida sobre un usufructo se extingue cuando concluya dicho usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario, siempre que consideremos como tal la falta de edificación en plazo (salvo que se probara la deliberada intención de dejarlo transcurrir). El mismo principio parece estar en la base del artículo 513.6.º CC, según el cual el usufructo se extingue por «resolución» del derecho del constituyente, pareciendo que el término «resolución» ha de entenderse en sentido amplio y equivalente a extinción involuntaria; se trata, en general, de aplicar la regla según la cual extinguido el derecho del otorgante se extinguen también los derechos procedentes del mismo.

cia del principio conocido por la doctrina civilista como «elasticidad» del dominio, que se extiende para abarcar las facultades atribuidas en virtud del derecho real extinguido. Pese a esta criticable imprecisión, mantenida a través de sucesivas redacciones de la legislación urbanística estatal, parece que esta es la alternativa más razonable según el sentido de sus términos, al menos por interpretación sistemática y en vista de la relación existente entre los párrafos 3 y 4 del artículo 36.4 de la Ley 8/2007 (54.5 del TRLS de 2015). Porque en ellos esa «cualquier otra causa» de reunión de los derechos de propietario y superficiario en una persona, se contrapone a la causa consistente en la extinción del derecho del superficiario por disconformidad con la ordenación urbanística o transcurso del plazo previsto en el título de constitución.

Ni siquiera merece la pena, creemos, adentrarse en el debate sobre la mayor o menor fundamentación de ambas alternativas; a falta de jurisprudencia sobre este aspecto concreto, emanada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que es la competente en la materia, basta con destacar esta nueva fuente de incertidumbre para que nos preguntemos cómo puede mantenerse todo este descuido y pretender, al mismo tiempo, que el derecho de superficie para edificar sirva para obtener la financiación precisa para su desenvolvimiento práctico. El acreedor hipotecario simplemente no sabe si su derecho se mantiene o se extingue y, en este último caso, la indemnización en la que se subrogará o si tiene derecho a alguna¹⁴⁹.

9. LA DESTRUCCIÓN DE LA EDIFICACIÓN DURANTE LA VIGENCIA DEL DERECHO DE SUPERFICIE

9.1 ASPECTOS GENERALES SOBRE UN EVENTUAL DERECHO A REEDIFICAR DEL SUPERFICIARIO

En torno a esta trascendental cuestión las puertas hacia la aplicación del Derecho civil y del título constitutivo están totalmente

¹⁴⁹ El argumento para afirmar esta subrogación real sería aplicar el principio contemplado en el artículo 110. 2.º de la LH, según el cual se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: «Segundo. Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motive haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y siguientes del CC».

abiertas, ya que esta importante eventualidad ni siquiera se ha planteado en la ya dilatada historia de la legislación urbanística sobre el derecho de superficie; tampoco en el Derecho civil podemos encontrar soluciones directamente aplicables.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 4-2-1993 (RJ 1993/1782), asumió los fundamentos del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en los cuales se consideraba como doctrina civil la atribución del derecho a reedificar al superficiario¹⁵⁰; pero la edificación superficiaria, en el caso concreto, era un modesto quiosco-bar, y la administración concedente fue condenada a reconstruirlo debido a que ella misma lo había derribado, como resultado final de una serie de actos que fueron declarados nulos (denegación de licencia para obras de conservación y subsiguiente orden de derribo por motivos de seguridad, entre otros). Por tanto la declaración acerca del derecho a reedificar del superficiario, además de provenir del Orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo, bien podría considerarse como un mero *obiter dicta*, siendo la condena a la reedificación mera consecuencia de la necesidad de retrotraer la situación al momento anterior a la ejecución de los actos nulos, o bien constituir una indemnización en especie, derivada de la responsabilidad patrimonial de la administración ejecutora del derribo ilegal.

Es cierto que, como se apuntaba en la sentencia referida, civilistas de la máxima solvencia han mantenido la existencia de ese derecho a reedificar, sobre la base de que el derecho a construir en suelo ajeno del superficiario renace mientras dicho suelo subsista, debiendo reedificar en los plazos marcados por la legislación urbanística¹⁵¹. Nuestra posición, no obstante, es algo más matizada; en primer lugar tendríamos que descartar, probablemente, el supuesto de superficie sobre edificaciones previamente realizadas por el propietario, pues nunca tuvo el superficiario derecho a edificar que pueda renacer¹⁵². En la superficie para edificar, y ante la duda sobre

¹⁵⁰ Concretamente, el fundamento de derecho quinto de la sentencia apelada decía que «el derecho “ad aedificandum” que ha hecho posible la propiedad separada sigue perdurando, como lo demuestra el hecho de que en el caso de destrucción de lo edificado, el superficiario o concesionario continuará teniendo el derecho a construir nuevamente, en tanto en cuando no transcurra el plazo».

¹⁵¹ Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en *Sistema de Derecho Civil, volumen III, tomo 2, Derechos Reales en particular*, Madrid, 2012, p. 128.

¹⁵² Si la superficie no se adquirió del propietario de tales edificaciones, sino del superficiario que las construyó bajo tal régimen, podría plantearse la duda de si, en caso de admitirse la facultad de reedificar, estos subadquirentes también lo serían de la citada facultad. Personalmente creemos que ni siquiera en tal caso, porque nunca pretendieron adquirir tal facultad sino solo el derecho sobre la edificación, pero entonces habría de asumirse que el hipotético derecho a reedificar queda en el superficiario promotor, que ningún interés tendrá en hacerlo para otros en caso de destrucción fortuita de una edificación que ya les ha transmitido.

si se quiso otorgar derecho a reedificar o no, quizá habríamos de tener en cuenta el principio de libertad del dominio¹⁵³; de esta manera la destrucción fortuita de la edificación, producida durante el plazo de vigencia del derecho de superficie¹⁵⁴, solo otorgaría al superficiario el derecho a reedificar cuando, mediante una cuidadosa interpretación del título constitutivo, pudiera deducirse que tal facultad se le quiso otorgar aunque fuera de modo tácito; para llevar a cabo esa interpretación habrá de considerarse, muy especialmente, la incidencia de esa reedificación en el proyecto económico del superficiario, para deducir si era razonable entender que pretendió adquirir el correspondiente derecho, y que el propietario del suelo no podía ignorar tal pretensión hasta el punto de entenderse incorporada al contrato¹⁵⁵. En cuanto al plazo para reedificar, parece más razonable otorgar otro igual al que se hubiera previsto para edificar¹⁵⁶, comenzando a correr a partir de la destrucción fortuita, entre otras cosas porque siempre es posible que la ordenación urbanística no establezca un plazo para la edificación.

Tampoco se ha de olvidar el grave problema de que la ordenación urbanística no permita reedificar la misma construcción, por haberse alterado los usos previstos en el planeamiento; pasando, por ejemplo, de lo que era vivienda unifamiliar aislada a uso residencial intensivo; con anterioridad hemos indicado la escasa conveniencia de utilizar el sistema de derechos reales del Derecho privado para asegurar el cumplimiento de la ordenación urbanística, criticando los graves efectos de la extinción automática cuando una

¹⁵³ Como ya dijimos, ALBALADEJO, *Derecho Civil III, Derecho de bienes, volumen II*, Barcelona, 1994, p. 102, en referencia expresa al derecho real de servidumbre, pero que entendemos aplicable a los derechos reales que no tengan alcance general como el usufructo, deja traslucir claramente la doble faceta de este principio, al decir que «*Como se trata de una limitación que reduce el poder que normalmente corresponde al dueño sobre su cosa, constituye una excepción al caso general, que es el de ser libre la propiedad (es decir, carecer de gravámenes). Por ello si el dueño sirviente lo niega, la servidumbre ha de probarse por quien la alega. Con base en la misma razón hay que entender que son de interpretación restrictiva, tanto las disposiciones legales relativas a servidumbres como los negocios jurídicos que las establecen. Es decir, en un caso y en otro, en la duda, hay que inclinarse por el menor alcance del texto que establezca el gravamen y la menor extensión de este*» (el subrayado es nuestro); cita el referido autor, en defensa de su tesis, una copiosa jurisprudencia.

¹⁵⁴ Especificamos que se trata, obviamente, de la destrucción no imputable a propietario o superficiario, pues de otro modo, como sucedía en el caso de la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 4-2-1993 (RJ 1993/782), la alternativa entre reedificación o extinción del derecho de superficie se podría resolver aplicando las reglas relativas a la responsabilidad por incumplimiento de los deberes y obligaciones *propter-rem* existentes entre el dueño del suelo y el superficiario.

¹⁵⁵ En los términos que analizaremos en el apartado siguiente de este trabajo.

¹⁵⁶ Si no existiera tampoco plazo en el título constitutivo, entendiendo que su señalamiento no es indispensable como nosotros creemos, porque no en vano nos hemos proclamado dualistas, el plazo para reedificar quedaría en el ámbito de decisión del superficiario, como quedó el relativo a la primera edificación.

parte, o incluso toda la edificación, se hubiera materializado efectivamente, aunque fuera una vez extinguido el plazo o incumpliendo las demás condiciones del planeamiento. Pero eso lo dijimos en referencia a una situación fáctica ya creada por el superficiario a vista, ciencia y paciencia del propietario, o incluso realizada por ese mismo propietario como promotor y contratista del superficiario, habiendo fallado ya, por los motivos que sean, los controles administrativos establecidos para impedir la disconformidad con el planeamiento; muy distinto nos parece admitir el derecho a reedificar algo manifiestamente contrario a dicho planeamiento, cuando aún no se ha iniciado esa reedificación y los controles administrativos pueden desplegar toda su eficacia para evitar que comience, incluyendo una probable denegación de la correspondiente licencia de obras. Solo una definición amplísima de la edificación permitida al superficiario por el título constitutivo, que incluyera toda aquella permitida por el planeamiento en cada momento y se moviera en el límite del principio de especialidad, podría inclinar hacia el mantenimiento del derecho a reedificar en estos supuestos.

En cualquier caso la inseguridad jurídica planteada por el silencio de la normativa urbanística, también sobre esta cuestión, resulta evidente y criticable.

9.2 SUPUESTOS EN QUE EL DERECHO A REEDIFICAR PODRÍA ENTENDERSE IMPLÍCITAMENTE CONCEDIDO

Atendiendo a los criterios que postulamos en el apartado anterior, creemos que se trataría de los casos en que el beneficio a obtener por el superficiario con la edificación o instalación superficiaria no procedan de la directa comercialización de ésta, sino que esa instalación o edificación sea un mero elemento accesorio más, entre otros muchos factores integrantes de la actividad lucrativa de dicho superficiario; si además ese accesorio tuviera un coste de instalación o edificación reducido, cuando se compara con el lucro a cuya obtención contribuye, parece evidente el interés del superficiario en una eventual reconstrucción, y por tanto la incorporación al título constitutivo de ese interés a menos que la reedificación hubiera sido excluida expresamente por el propietario. Pensamos en casos similares a los del quiosco-bar, examinado anteriormente¹⁵⁷, los «huertos solares», o, en general, las instalaciones fácil-

¹⁵⁷ Nos referimos al caso resuelto por la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 4-2-1993 (RJ 1993/782), mencionada en el apartado 9.1 de este trabajo.

mente desmontables cuya propiedad vaya a quedar en manos del superficiario (viviendas y demás locales prefabricados).

Además en estos supuestos que ahora abordamos tampoco suele existir un notable interés público relacionado con la reconstrucción en el tiempo más breve posible, sino que ese interés es fundamentalmente privado; de hecho la legislación urbanística no se promulgó previendo esas utilidades del derecho de superficie, lo cual también provoca que las consideraciones desarrolladas en el apartado siguiente no resulten aplicables.

9.3 SUPUESTOS EN QUE LA REEDIFICACIÓN, SIENDO DE INTERÉS GENERAL, NO INTERESARÁ AL SUPERFICIARIO

En los supuestos de utilización del derecho de superficie para realizar precisamente las edificaciones tenidas en cuenta por la normativa urbanística, lo normal será que el superficiario no tenga interés alguno en reedificar, por resultar antieconómica tal actividad en atención al elevado desembolso que conllevaría, al menor tiempo de duración que aún quedara por cumplir (respecto al inicialmente previsto), y al beneficio que dicho superficiario pudiera obtener con la reedificación durante ese periodo restante¹⁵⁸. Eso sin olvidar que muy a menudo el superficiario inicial será un promotor, que habrá enajenado las edificaciones superficiales a sus destinatarios finales, sin que sepamos siquiera si ese pretendido derecho a reedificar, en caso de existir, quedaría en poder del enajenante o se transmitiría con las citadas edificaciones.

En estos supuestos parece que el superficiario pretendía realizar una edificación dotada de un elevado grado de permanencia y cuyo

¹⁵⁸ Pongamos un sencillo ejemplo: supongamos que se tratase de adquirir un derecho de superficie de 30 años de duración, esperando el superficiario obtener una utilidad total, tras impuestos y gastos derivados de su actividad, de 1.500.000 euros, y estimándose el coste total de la edificación superficial en 1.000.000 de euros; la diferencia entre utilidad total y coste de edificación es de 500.000 euros, de manera que ese sería el valor máximo que podría pagar al dueño del suelo por el derecho de superficie para no tener pérdidas, debiendo deducir el beneficio empresarial que esperase obtener con su actividad. Si a la mitad del tiempo de duración, obtenida ya la mitad de la utilidad, el edificio se destruyese, tendría que invertir otro 1.000.000 de euros para obtener 750.000 euros de beneficio; la diferencia entre utilidad y coste de edificación sería negativa (-250.000 euros), pareciendo que el superficiario no tendría interés alguno en reedificar, ya que perdería dinero (y eso que no consideramos la imposibilidad de obtener rendimiento alguno de la edificación mientras se construye). En cuanto a la posibilidad de transmitir su derecho de superficie, lo normal es que ello fuera imposible, y por tanto que dicho derecho carezca de valor alguno, salvo que existan demandantes capaces de obtener una rentabilidad muy superior a la que estaba consiguiendo nuestro superficiario, siendo el valor de cambio de esa superficie la diferencia entre esa rentabilidad tan superior y el coste de reedificar, menos el beneficio empresarial que espere lograr nuestro potencial adquirente.

coste de construcción, elevado en proporción al beneficio que esperaba obtener, no podría ser desembolsado nuevamente sin convertir en ruinoso la operación prevista, porque la reedificación supondría, aproximadamente, la duplicación de ese coste, salvo las diferencias derivadas de la evolución del precio de los factores implicados en el proceso edificatorio. En tales circunstancias, la consecuencia proyectada sobre la interpretación del título constitutivo será la de reforzar el criterio restrictivo en cuanto a las facultades transmitidas por el dueño del suelo al superficiario, apuntado con anterioridad; por lo tanto, a falta de pacto expreso u otros datos que pudieran fundamentar un evidente interés del superficiario en reedificar que pudiera entenderse incorporado al contrato, habrá de considerarse que el superficiario no puede apoyar la existencia de un pretendido derecho a reedificar en el Derecho privado, y más concretamente en las reglas de este sector del ordenamiento jurídico relativas a la interpretación de los contratos¹⁵⁹.

Mucho menos razonable sería buscar apoyo para el derecho a reedificar en la legislación urbanística relativa al derecho de superficie, ya que la ralentización del proceso edificatorio que se derivaría de admitir el derecho a reedificar en quien no deseará hacerlo iría en contra de los fines que siempre ha procurado perseguir la mencionada legislación, consistentes en incrementar la oferta de viviendas y locales realizados de conformidad con el planeamiento urbanístico; por tanto en el ámbito de aplicación de dicha normativa, y de acuerdo con una interpretación atenta a su espíritu y finalidad, tampoco podremos hallar ningún amparo para ese derecho a

¹⁵⁹ De admitirse la existencia de derecho a reedificar en un superficiario que no tendrá interés alguno en hacerlo, llegaríamos a una situación muy parecida a la contemplada en el artículo 517 párrafo 2.º del CC, relativa al usufructo constituido sobre un edificio que se destruye; aún tratándose de un precepto de Derecho privado, y pese a que la plasticidad y el alcance general del derecho de usufructo permite afirmar al legislador que el usufructo se mantendrá sobre los residuos (suelo y materiales), también se ha atendido a la tensión entre el interés general, consistente en la creación de riqueza derivada de la efectiva construcción en suelos aptos para ello, y la insatisfacción de ese interés que puede producirse en el supuesto de hecho previsto por la citada norma. Parece claro que el desinterés del usufructuario en reedificar reside en que es titular de un derecho meramente temporal, sin que el régimen jurídico dispositivo del usufructo le otorgue indemnización alguna por la mejora. Tampoco tendrá ese interés el propietario, si el usufructo se mantiene sobre el edificio futuro hasta agotar el plazo de duración previsto inicialmente, ya que el disfrute durante ese tiempo sería para el usufructuario; por ello prevé que «*si el propietario quisiere construir otro edificio, tendrá derecho a ocupar el suelo y a servirse de los materiales, quedando obligado a pagar al usufructuario, mientras dure el usufructo, los intereses correspondientes al valor del suelo y de los materiales*». Como afirman Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en *Sistema de Derecho Civil, volumen III, tomo 2, Derechos reales en particular*, Madrid, 2012, p. 49: «*Se convierte entonces el usufructuario en titular de un derecho de crédito contra el propietario por esos intereses... No parece que el usufructuario disfrute del edificio reconstruido, pues la norma dice que el pago de los intereses ha de hacerse «mientras dure el usufructo», lo que significa que no hay otra variación del objeto durante ese periodo*».

reedificar; en cualquier caso, y como venimos diciendo, estamos ante un ejemplo más de absoluta inadecuación de la legislación urbanística para ser utilizada incluso como mero régimen dispositivo, destinado a cubrir las lagunas del Derecho privado y proporcionar alguna seguridad jurídica.

10. RELACIÓN DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES DE LA DGRN UTILIZADAS

10.1 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981/11)
STC 61/97 (RTC 1997/61)

10.2 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS de 9-11-1965 (ROJ: STS 3241/1965)
STS de 15-6-1984 (RJ 1984/3243)
STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 4-2-1993 (RJ 1993/782)
STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 27-3-1995 (RJ 1995/2542)
STS de 14-4-1998 (RJ 1998/2145)
STS de 23-6-1998 (RJ 1998/4744)
STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 31-1-2001 (RJ 2001/1083)
STS de 26-11-2002 (RJ 2002/9935)

10.3 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ de Galicia de 29-4-1999 (RJ 1999/4624)

10.4 RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RDGRN de 5-2-1986 (RJ 1986/1006)
RDGRN de 13-5-1987 (RJ 1987/3855)
RDGRN de 18-4-1988 (RJ 1988/3358)
RDGRN de 28-10-1988 (RJ 1988/8002)

RDGRN de 25-6-1993 (RJ 1993/5324)
 RDGRN de 2-9-2000 (RJ 2000/10196)
 RDGRN de 16-1-2002 (RJ 2002/4587)
 RDGRN de 5-4-2002 (RJ 2002/8121)
 RDGRN de 16-7-2002 (RJ 2002/9317)
 RDGRN de 29-1-2003 (RJ 2003/2201)
 RDGRN de 29-4-2003 (RJ 2003/4472)
 RDGRN de 23-7-2005 (RJ 2005/6873)
 RDGRN de 4-10-2005 (RJ 2005/7284)
 RDGRN de 15-2-2012 (RJ 2012/5948)
 RDGRN de 24-5-2012 (RJ 2012/7940)
 RDGRN de 16-6-2012 (RJ 2012/10062)

11. RELACIÓN DE BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALBALADEJO: *Derecho Civil III, Derecho de bienes*, volumen II, Barcelona, 1994.
- ALONSO PÉREZ: *La construcción en finca ajena*, Madrid, 2000.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ: *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, VV. AA., coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2013.
- CÁMARA ÁGUILA: *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, VV. AA., coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2013.
- «Derecho de superficie urbano: Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 16 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 649, noviembre-diciembre de 1998, pp. 2003-2010.
- COBACHO GÓMEZ: «Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, noviembre-diciembre 2008, pp. 2281-2295.
- CORDERO LOBATO: *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 2001.
- DE LA IGLESIA MONJE: *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Madrid, 2000.
- DE TERÁN, F.: *Planeamiento urbano en la España Contemporánea*, Madrid, 1980.
- DÍEZ-PICAZO: «Autonomía privada y derechos reales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 513, abril-julio 1976, pp. 273 y ss.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en general*. Volumen III, tomo 1, Madrid, 2012.
- *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en particular*. Volumen III, Tomo 2, Madrid, 2012.
- *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Volumen I, Madrid, 2012.
- FENOY PICÓN: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14-4-1998», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 48, septiembre-diciembre 1998, pp. 1075-1096.
- FUENTES LOJO: «Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación», *Revista Jurídica de Cataluña*, número 3, julio-septiembre 1967, pp. 560-596.

- GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo I*, Pamplona, 2013.
- GARCÍA GARCÍA: «El derecho de superficie», en *Bienes en común*, coordinado por Nasarre Aznar, Valencia, 2015, pp. 726-775.
- GONZÁLEZ PÉREZ: *Los derechos reales administrativos*, 2.^a edición, Madrid, 1984.
- GONZÁLEZ y MARTÍNEZ: «El derecho real de superficie», *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo II, Madrid, 1992.
- GUILARTE ZAPATERO: *El derecho de superficie*, Navarra, 1966.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ: «Régimen jurídico de la utilización urbanística del subsuelo», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 219, julio-agosto 2005, pp. 11-58.
- «Apuntes de jurisprudencia registral», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 204, septiembre de 2003, pp. 71-120.
- *Legislación urbanística e inscripción registral*, Pamplona, 2009.
- *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, VV. AA., coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2013.
- ORDÁS ALONSO: *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*, VV. AA., coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2013.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Vol. II, Madrid, 1999.
- ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, VII, Barcelona, 1998.
- SOTO BISQUERT: «El derecho de vuelo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 485, julio-agosto 1971, pp. 923-958.
- VILALTA NICUESA: *El derecho de superficie. La superficie rústica*, Barcelona, 2008.

Obligación y garantía: la cripto-naturaleza de los remedios contractuales y de su jerarquía en el actual panorama jurídico

ALFREDO FERRANTE*

Profesor Universidad Alberto Hurtado
Acreditado Aneca a profesor Titular de Universidad

RESUMEN

El trabajo evidencia que la creación de una ordenación de remedios, frente a una prestación defectuosa, es posible considerando dos variables. Por un lado, la progresiva ampliación del concepto de incumplimiento contractual y de falta de conformidad y, por otro, la naturaleza jurídica de los medios de tutela en favor del acreedor. El artículo se estructura a partir del contrato de compraventa, extendiéndose luego a la teoría general del contrato, trazando el recorrido que ha conducido hasta el actual panorama jurídico. Lo anterior, importa evidenciar las diferentes consecuencias jurídicas que genera la confusión proveniente de clasificar un mismo medio de tutela como obligación o como garantía.

PALABRAS CLAVES

Remedios contractuales. Remedios frente al incumplimiento contractual. Resolución del contrato. Rebaja del precio. Reparación del bien. Sustitución del bien. Obligación. Garantía. Falta de conformidad. Compraventa.

ABSTRACT

The paper shows that the hierarchy of remedies in case of a defective performance must consider two possible variables. On the one hand, the progressive expansion of the concept of breach of contract/warranty and the lack of conformity and, secondly, the legal nature of the remedies in favor of the creditor. The article is structured from the sales contract then spreading to the general theory of contract. It traces the path that has led to the current

* Correo electrónico: aferrante@uahurtado.cl

legal landscape. In order to accomplish this it is important to show the different legal consequences generated by the confusion in the classification the same remedy as duty or as guarantee.

KEYWORDS

Remedies. Termination. Reduction in price. Repair. Replacement. Duty. Warranty. Guarantee. Lack of conformity. Contract of sale.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La influencia de la compraventa en el panorama general de los contratos.*—III. *Las acciones edilicias como medio de garantía para el acreedor.*—IV. *La ampliación del concepto de vicio y su fusión conceptual.*—V. *El Code Napoléon, «sus sucesores» y la tutela del comprador: de la garantía a la obligación.*—VI. *La pretensión de exacto cumplimiento, parcial o imperfecto.* 6.1 *La situación con respecto a la teoría general del contrato.* 6.2 *La situación con respecto al contrato de compraventa.* 6.3 *El remedio voluntariamente garantista.*—VII. *La Convención de Viena y la creación de la jerarquía remedial.*—VIII. *La fuerza expansiva de la Convención de Viena.* 8.1 *La arcana postura de la directiva n. 44/1999.* 8.2 *La influencia sobre los otros textos.*—IX. *La dicotomía entre la obligación y la garantía.*—X. *La obligación y la garantía: diferente alcance de la tutela a favor del acreedor.*—XI. *La enigmática panorámica remedial y su jerarquía.*—XII. *Bibliografía.*—XIII. *Otros documentos utilizados.*—XIV. *Jurisprudencia citada.* 14.1 *Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.* 14.2 *Sentencias del Tribunal Supremo.* 14.3 *Sentencias de la Audiencia Provincial.* 14.4 *Sentencias de la Cassazione Civile.*

I. INTRODUCCIÓN

La adopción de un concepto de incumplimiento¹ objetivo o subjetivo² ha sido objeto de un fecundo e intenso debate en la doc-

¹ En lo respecta a España, la doctrina observa que «las normas sobre el incumplimiento ni son claras, ni constituyen un bloque normativo bien articulado»: MORALES MORENO («Evolución del concepto de obligación en Derecho español», en MORALES MORENO *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 23. Para GÓMEZ POMAR, esencialmente se pueden distinguir tres grandes tipos de remedios: «remedios de conducta forzada del contratante cumplidor (cumplimiento en forma específica, reparación y sustitución de la prestación disconforme), remedios monetarios (indemnización de perjuicios, pena convencional, reducción del precio) y remedios de ineficacia (resolución, excepción de contrato no cumplido): así GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en derecho español», *Indret*, n. 3/2007, p. 13.

² Un breve, pero claro resumen de las posiciones antitéticas que han caracterizado este debate doctrinal en relación con las diversas teorías sobre la estructura de la obligación en la doctrina italiana, puede verse en Giorgianni, *La obligación (la parte general de las obligaciones)*, traduc. Evelio Verdera y Tuells (ristampa de *L'obbligazione [la parte*

trina. La primera aproximación, se enfoca sobre la figura e interés del acreedor, afirmando que la consecuencia del incumplimiento no depende de la culpa del deudor, sino que éste se evaluará siempre en relación con el interés frustrado por la inejecución contractual. La noción subjetiva³, en cambio, perfila el incumplimiento desde el punto de vista del deudor y lo liga a un concepto de obligación relacionado con el *oportere*.

Este debate es muestra de la transición que ha experimentado el concepto de incumplimiento. Su progresiva ampliación han permitido crear un catálogo más extenso de medios de tutela⁴ que ha necesitado la fijación de una jerarquía remedial⁵. No obstante, aun cuando la amplitud terminológica beneficia la incorporación de medidas de protección frente al incumplimiento, no es posible soslayar que ello también apareja otros problemas técnicos. En efecto, dado que el concepto de responsabilidad también se ha expandido, es que este catálogo abierto termina por agrupar, impropiamente, a ciertos remedios que provienen de la obligación⁶, con otras instituciones propias de la garantía. La confusión conceptual que conlleva englobar nociones relacionadas con una y otra no solo genera una indeterminación de sus significados, sino que también olvida que ambas provocan consecuencias jurídicas diversas.

generale dell'obbligazione]; Giuffrè, Milano, 1955), Bosch, Barcelona, 1958, pp. 7 y ss. Sobre los criterios de imputación del incumplimiento al deudor v. gr. Pantaleón Prieto, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual: (materiales para un debate)», *ADC*, 1991, pp. 1056 y ss.

³ Sobre el comportamiento como punto de referencia del deudor, por todos vid. ampliamente Giorgianni, *La obligación...* cit., pp. 198 y ss.

⁴ Al margen de mi opinión personal, utilizaré aquí indistintamente la palabra remedio, como la expresión medio de tutela. En este estudio esencialmente trataré de la resolución, la reducción del precio, la reparación y la sustitución, además de algunas puntuales consideraciones sobre los daños y perjuicios. Al tratar la compraventa ya se refería a una «tutela» MARTORANO en un título de su importante obra: MARTORANO, *Tutela del compratore per i vizi della cosa*, Jovene, Napoli, 1959.

⁵ Correctamente observa la doctrina que, al referirse a «remedios», el legislador consigue no entrar en los supuestos fácticos concretos del incumplimiento, sino que se ocupa de predisponer exclusivamente medios de tutelas frente a quien los solicita: MAZZAMUTO, *Il contratto di Diritto europeo*, ristampa riveduta e aggiornata della prima edizione, Giappichelli, Torino, 2013, p. 171.

Se destaca que el término *remedy* ha sido objeto de una literatura amplísima y todavía su significado es bastante incierto, ya que incluye cualquier acción judicial o instrumento predisposto por el ordenamiento jurídico: vid. Sirena y Adar, «La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo», *RDC*, n. 3, I, 2012, p. 367 y bibliografía citada; Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Paris, 2004, pp. 8-11.

⁶ El contenido y alcance de la obligación siempre ha sido un tema interesante para la doctrina, hasta el punto que el profesor Díez-PICAZO quiso tratarlo en su primera lección oficial en la Universidad de Santiago de Compostela, en aquel 18 de enero de 1964: vid. Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, «El contenido de la relación obligatoria», *ADC*, n. 2, 1964, pp. 348 y ss.

En las páginas que siguen, examinaré la manera en que esta jerarquía puede influir sobre la tutela del acreedor, dependiendo de cómo se aprecie la naturaleza jurídica de cada uno de estos medios de tutela, variando entre una noción derivada de la inobservancia de una obligación o que ellos nazcan de una garantía.

Esta reconstrucción tiene también la importante función de aclarar la forma en que ha de entenderse el cumplimiento parcial, sobre todo en el caso de la reparación o sustitución del bien, a la luz de la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. LA INFLUENCIA DE LA COMPRAVENTA EN EL PANORAMA GENERAL DE LOS CONTRATOS

A pesar de su especificidad, la compraventa ha influido sobre la teoría general del contrato. De esta afirmación, son prueba tres aspectos.

En primer lugar, actualmente se ha extendido, a cualquier tipo contractual, las que eran las antiguas acciones edilicias. Las originarias acciones redhibitoria⁷ y estimatoria⁸, hoy se manifiestan, respectivamente, en la omnicompreensiva noción de resolución y en el ejercicio de la reducción del precio, en todo tipo de contrato. Así lo evidencian los proyectos de reforma de derecho privado europeo⁹ e incluso, de

⁷ La superación de la acción redhibitoria en relación con su concreta aplicación, ya viene constatada por la doctrina italiana: cfr. CUBEDDU, «Vizio apprezzabile e garanzia della cosa venduta», *RDC*, 1990, II, p. 178, retomando a RUBINO, *La compravendita*, 2.^a ed., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (diretto da CICU y MESSINEO), Giuffrè, Milano, 1971, p. 85. La doctrina menos reciente dejaba clara la diferencia entre acción redhibitoria y la resolución por incumplimiento cfr. GORLA, *La compravendita e la permuta*, en *Trattato di Diritto Civile Italiano* (diretto da VASSALLI), Utet, Torino, 1937, p. 165.

⁸ En el Derecho español, sobre las acciones edilicias *vid.* BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, 1969, p. 777-838, MORALES MORENO, «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, 1980, p. 585-686, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, 2.^a ed. Cizur Menor: Aranzadi, Pamplona, 2009. Para un análisis detenido sobre la reducción del precio y la resolución por incumplimiento y su separación de la noción «edilicia» *vid.* respectivamente FERRANTE, *La reducción del precio en la compraventa*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013 y RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012.

⁹ Por ejemplo, en lo que respeta a la reducción del precio: art. 9:401 PECL; art. 10:401 Principios contractuales comunes del grupo AHC-SLC (elaborados por la Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française y la Société de Législation Comparée); II.-3:601 DCFR (y específicamente para la reducción de la renta en el contrato de contrato de arrendamiento: IV. B-4:102); art. 113 Proyecto Gandolfi; art. 107.1 del *Projet Terré* y art. 8:301 *Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*. En el mismo comentario oficial de los *Acquis Principles*, se expresa y justifica así la ampliación del remedio de la reducción del precio: «el Acquis Group también generaliza el remedio de la reducción de precio dentro de un remedio más amplio de

derecho español¹⁰. En segundo orden, se ha verificado una evolución del concepto que, antiguamente, consideraba a los vicios ocultos, para pasar a una nueva noción de falta de conformidad amplia, referida inicialmente a la compraventa¹¹, hasta finalmente englobar el omnicomprendido concepto de falta de ejecución o incumplimiento, sea éste total, parcial, imperfecto o un *aliud pro alio*¹².

Por último, debe destacarse la influencia que el sistema remedial de la Convención de Viena¹³ ha tenido, no solo para el actual régimen de la compraventa (como se ha verificado con la Directiva 1999/44, en relación con la venta de bienes de consumo, o en Alemania¹⁴ con

reducción de la prestación. La generalización tiene dos efectos: en primer lugar, el remedio se eleva a un nivel general, no se limita a particulares tipologías de contratos; en segundo lugar, la reducción no se limita a las obligaciones monetarias, sino es aplicable en los contratos sinalagmáticos para toda clase de obligaciones que sean capaces de ser reducidas»: RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles of existing EC contract law (Acquis Principles). Contract II. General provisions, Delivery of Goods, Package travel and Payment Services*, Sellier, Munich, 2009, § 11, p. 414. Incluso, el comentario oficial de los PECL afirma al referirse al art. 9:401, que este artículo «generaliza la solución que aporta la *actio quanti minoris*»: LANDO ÖLE, BEALE Hugh (eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, combined and revised, The Hague [etc.], Kluwer Law International, 2000 [*Principios de derecho contractual europeo: Partes I y II*, edición española a cargo de: Pilar BARRES BENLLOCH, José Miguel EMBID IRUJO, Fernando MARTÍNEZ SANZ, Madrid: Colegios Notariales de España, 2003], p. 634.

¹⁰ Vid. art. 1197 y 1487 de la Propuesta española para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de 2009 (en adelante PMCC).

¹¹ Cfr. art. 35 CISG.

¹² Cfr. v. gr. art. 2 Directiva 1999/44; I.-1:108 (I) y anexo definición «*non-performance*», III.-1:102 (3), III.- 3:101; IV. A-2:301 y IV. A-2:302 DCFR, IV. A-2:304 DCFR; arts. 1:301(4) y 8:101 PECL, arts. 99-101 CELS, arts. 89-91 y 121 del ELI P, arts. 1153 y 1188, 1474, 1475 y 1479 PMCC.

Para la doctrina española sobre el concepto de incumplimiento y en relación con estos proyectos vid. v. gr. FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, 2010, n. 1, p. 47-136; FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *ADC*, 2011, n. 4, p. 1481-1685; ROCA TRÍAS, «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *BMJ*, 2011, n. 2132, junio, pp. 1-23.

¹³ Vid. art. 45 CISG.

¹⁴ En concreto, la disciplina de la compraventa queda regulada por los §§ 433-444 BGB y la específica de los bienes muebles de consumo por los §§ 474-479 BGB. A lo anterior, se añade la compraventa mercantil, que está incluida en el *Handelsgeetzbuch (HGB, Código de comercio)* en los §§ 373-381.

La idea de reformar el derecho de las obligaciones, ya presente en el legislador alemán desde hace 20 años, se ha concretizado tomando como motivo la incorporación de la directiva 44/99. Ya en 1978, el ministro VOGEL propone una modificación del derecho de las obligaciones y después de someterse a un comité académico que elaboró varias opiniones doctrinales, nació en 1984 una comisión específica para elaborar un proyecto de reforma del código que en 1991 entregó su labor (*Schuldrechtskommission*). La consideración, por parte de la doctrina, de que dicho proyecto era ya anacrónico respecto de la reciente introducción de las directivas comunitarias, detuvo las intenciones reformistas hasta el año 2000.

Así surge el proyecto de ley que dio lugar a la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* (Ley de modernización del derecho de las obligaciones). Para un análisis de la

la venta en general¹⁵), sino para el contrato en general¹⁶. Influencia que en parte ha sido recíproca. Prueba de ello es que, en la actualidad, un texto dedicado a la compraventa –como es la Propuesta de Reglamento relativo a la compraventa (en adelante CELS)– retoma en muchos aspectos y en su estructura, el contenido del *Draft Common Frame of Reference* (en adelante DCFR)¹⁷.

Por lo tanto, la influencia que la compraventa ha tenido frente al contrato general es patente en los sistemas de remedios. A continuación, analizaré en detalle este aspecto y su evolución, comenzando por lo referido a los medios de tutela del acreedor, para después centrarme en el incumplimiento.

Schuldrechtskommission vid. PATTI, «Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici», *Rivista di diritto commerciale*, 1984, I, p. 85 y ss; BUNTE, «Sulla programmata rielaborazione del diritto delle obbligazioni», traducción al italiano de PATTI, en *Rivista critica di diritto privato*, 1983, p. 181-206. Sobre el *iter* legislativo de la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* vid. CANARIS, «La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni», Cedam, Padova, 2003, p. 7-10.

En español, sobre la reforma ALBIEZ DOHRMANN, «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *ADC*, 2002, p. 1133-1228; FUENTESECA DEGENEFTE, «La reciente reforma del BGB a través de la Ley para la Modernización del Derecho de obligaciones que entró en vigor en Alemania el 1 de enero de 2002», *Actualidad Civil*, n. 1, 2003, p. 203-211; INFANTE RUIZ, «Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n. 8, 2002, p. 153-172. Interesante también el estudio de RODRÍGUEZ OLMOS, «La oportunidad de saneamiento del incumplimiento del vendedor en el régimen de vicios materiales. Algunas reflexiones a partir del derecho alemán de la compraventa», *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, n. 17, 2009, p. 107-140. Para una traducción VIVES MONTERO, «Traducción de la Reforma 2002 del BGB», *ADC*, 2002, p. 1229-1310. También vid. DI MAJO, «La modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania», *Europa e Diritto Privato*, n. 2, 2004, p. 353-384. DIURNI y KINDLER, *Il codice civile tedesco modernizzato*, Giappichelli, Torino, 2004, VVAA, *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di CIAN Cedam, 2004, para una bibliografía alemana sobre dicha ley, v. *gr. op. ult. cit.* p. 9, nota n. 1.

¹⁵ También vid. IV. A-4:101 y ss. IV. A-6:102 y ss. DCFR.

¹⁶ V. *gr.* art. 3 Directiva 1999/44, Libro 3, cap. 3 DCFR, cap. 9 PECL, cap. 11 y 13 CELS, en particular vid. arts. 106, 131, 155 y 157, cap. 13 y 14 del *Statement of the European Law Institute on The Proposal for a Regulation on Common European Sales Law* (en adelante ELI P), en particular, art. 123, 126 y 128, 126 ELI P y art. 1190 y 1482 PMCC.

¹⁷ La doctrina observa este proceso de similitudes entre el art. 120 CELS y el III.-3:601 DCFR (FELTKAMP y VAN BOSSELLE, «The optional common European sales law: better buyer's remedies for seller's non-performance in Sales of Goods?», *European Review of Private Law*, n. 6, 2011, p. 902), entre los arts. 9:401 PECL, art. 120 CELS y III.3:601 DCFR. Matizando la novedad del último párrafo del DCFR: JANSEN, «Price reduction as a remedy in European contract law and the consumer *acquis*», en Marco B. M. LOOS, Anne L. M. KEIRSE (ed.), *Alternative ways to ius commune: the Europeanisation of private law*, Cambridge, U. K.; Portland: Intersentia, Maastricht, 2012, p. 189. SAMOY, DANG VU y JANSEN, «Don't find fault, find a remedy», *European Review Private Law*, n. 6, 2011, p. 865. Sobre la CELS: VVAA, *Common European Sale Law, Commentary*, Reiner SCHULZE Ed., Baden-Baden: Nomos Publishing; München: Verlag CH Beck, US and Canada, Hart Publishing, 2012; VVAA, *The Proposed Common European Sales Law - the Lawyers' View*, ALPA, CONTE, PERFETTI y GRAF (ed.), Munich, Sellier, 2012; VVAA, *The Common European Sales Law (in context interactions with English and German law)*, Gerhard DANNERMANN and Stefan VOGENAUER (ed.), Oxford: Oxford University Press, 2013.

III. LAS ACCIONES EDILICIAS COMO MEDIO DE GARANTÍA PARA EL ACREEDOR

En el sistema romano, la venta genera una obligación de entrega del bien vendido que se ejerce a través de la *actio empti*¹⁸, aunque, en caso de incumplimiento, la intrínseca naturaleza del procedimiento formulario no podía dar lugar a ningún otro resultado que no fuera la *condemnatio pecuniaria*. Así, frente a la negativa de cumplimiento, el vendedor solo podría ser condenado a la entrega de un importe equivalente al objeto que debía vender¹⁹.

A este sistema se añade uno paralelo, desvinculado de la obligación y ligado al concepto de garantía. Este régimen, que –como se dijo– no encuentra su solución en el ámbito de la obligación contractual, permite tutelar al comprador frente a la imperfección del objeto. El vendedor debe garantizar que el objeto del contrato esté libre de vicios; de esta manera, se genera una garantía que respalda la operación económica realizada, frente a la eventual presencia de un vicio oculto.

En caso de que se constate su existencia, el comprador posee una acción de resolución (redhibitoria) o una de reducción del precio (estimatoria), cada una de las cuales queda relacionada con una determinada categoría de vicio. La elección entre ellas queda marcada, por un lado, por un abanico tipificado de vicios²⁰ y por otro, por el diferente plazo de caducidad, ya que la acción de reducción del precio contempla un término más amplio para su ejercicio²¹. Por ello, debe enfatizarse que, frente a una prestación que hoy definiríamos como defectuosa, en este sistema no se produce un problema de jerarquía con los demás remedios contractuales. La posición perfectamente delineada de estas acciones, tanto en relación con la tipicidad de los

¹⁸ DONADIO, *La tutela del compratore tra acciones aediliciae e actio empti*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 55, MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per vizi della cosa nell'editto de mancipis venditis*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 95. También MORALES MORENO que evidencia, con soportes doctrinales, que desde finales de la República, tanto en la *actio empti* como la *actio ex stipulatu*, el único remedio es el resarcimiento del daño: *vid. MORALES MORENO*, «El alcance protector...», cit., pp. 595 y ss.

¹⁹ *Vid. VIARO*, *L'arbitratus de restituendo nelle formule del proceso privato romano* Jovene, Napoli, 2012, *passim*.

²⁰ Para un breve análisis de estos vicios *v. gr.* se reenvía a ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta Publishers South Africa, Beck, München, 1992, pp. 311 y ss.

²¹ La acción redhibitoria tenía un plazo de 6 meses contra un plazo de 12 de la estimatoria, aunque en determinados casos los plazos eran, respectivamente, de 2 y 6 meses: Cfr. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Cedam, Padova, 1955, pp. 54, 55, 115 y 224; DONADIO, *op. cit.*, pp. 83 y 84, GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Cedam, Padova, 2000, pp. 42 y 79.

vicios, como a nivel temporal, confirma su procedencia independiente²².

En presencia de un vicio oculto, el interés del comprador se ve menoscabado y es el vendedor quien garantizará que el bien posee las características que se habían concertado. En este sentido, es fundamental tener presente que al realizarse la compraventa, éste no solo asume la obligación de entregar, sino que nace también una determinada garantía: la de que el bien se encuentre exento de vicios, ya que de haberlos conocido, hubiera tenido que comunicarlos²³. Al existir el vicio, surge la garantía de manera automática, sin posibilidad de que el vendedor se exima. Su contenido se manifestará en una reducción del precio o en la resolución del contrato, dependiendo de los casos. La relación con otro remedio se produce solo si hubo dolo de su parte en no comunicar los vicios que conocía, aspecto que para algunos autores daba lugar a la *condemnatio in duplum*²⁴.

En consecuencia, en caso de los vicios edilicios –en la óptica original romana– se hace efectiva la garantía respecto del vendedor, que no evalúa en ningún momento su conducta; el juez debe averiguar la existencia del vicio denunciado por el actor, de acuerdo con un criterio objetivo²⁵. Es aquí donde se genera la máxima expresión del concepto de garantía, pues opera desvinculada de la obligación que se ha asumido²⁶; con ello, se tutela de mejor forma

²² Esta diferencia de plazos se mantiene en los códigos latinoamericanos. Incluso, se diferencia dependiendo si el bien es mueble o inmueble, previéndose, respectivamente, un término de 6 y 12 meses para la acción de resolución y 12 y 18 en caso de la acción de reducción del precio. *V. gr.* art. 1866 y 1869 CC chileno; art. 1923 y 1926 CC colombiano (aunque en el Código de Comercio chileno, para el caso de la compraventa mercantil, el término de seis meses es igual para ambas acciones: art. 154 C. de Comercio chileno). Para una panorámica sobre los vicios ocultos en estos dos ordenamientos *vid.* OVIEDO ALBÁN, «Sobre el concepto de vicio redhibitorio en la compraventa. Análisis comparado de la jurisprudencia chilena y colombiana», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37 n. 2, 2010, pp. 241-269.

²³ Si los ha ocultado mediante dolo o mala fe, deberá asumir las consecuencias, ya que existe la obligación del vendedor de declarar eventuales vicios. Por todos *vid.* la monografía de DONADIO, *op. últ. cit.*

²⁴ Sobre la cuestión y el análisis de diversas teorías *vid.* DONADIO, *op. cit.*, p. 262 y en particular 268 y ss. No se confunda este aspecto con la *stipulatio duplae*: «mediante la cual el comprador se hacía prometer, en el caso de pérdida, del bien, el pago de una suma generalmente correspondiente al doble del precio pagado». *Cfr.* GUIDA, *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità. Soluzioni giurisprudenziali romane e problema teorici attuali*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 76 y ss.

²⁵ En estos términos se expresa DONADIO, *op. cit.*, p. 55, MANNA, *op. cit.*, p. 273.

²⁶ Prueba de esto es que, en términos generales, una garantía puede constituirse no solo por el mismo deudor, sino también por un tercero. *Cfr.* FRAGALI, «Garanzia (diritto privato)», *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1969, tomo XVIII, p. 446.

al comprador, quien tiene la certeza de que su co-contratante responderá al cumplirse una condición determinada, que es la presencia del vicio edilicio. En este caso, la particularidad viene dada porque en la compraventa conviven, de manera automática y en una misma persona, dos *status* que en otras circunstancias pueden ser totalmente escindibles: el de obligado y el de garante. Ambos, normalmente se encuentran separados en otros tipos de garantías, como la real. Es esto lo que permite hoy en día justificar la posibilidad de pactar la exclusión de la garantía por vicios ocultos; en este sentido, las que provienen de la evicción y de los vicios ocultos son los *naturalia venditionis*²⁷ y por lo tanto, pueden excluirse o modificarse (salvo la normativa protectora del consumidor), a no ser que haya mala fe²⁸.

Por ello, el obligado a entregar y el garante de las consecuencias de que el bien posea vicios, se unen en la misma persona. La garantía eventualmente puede derivar de la obligación de entrega, pero siempre estará desvinculada del patrón de conducta del sujeto. Por este motivo, el concepto de ausencia de culpa nunca puede exonerar al sujeto de responder por los vicios ocultos, sino que, al contrario, la mala fe justificará su segura presencia, no siendo válido el pacto que lo descarte. En la garantía, el patrón de conducta opera solo como ulterior agravante, pero nunca como eximente de la responsabilidad por vicios ocultos.

Así, la garantía no solo asume una función de protección del comprador, sino también una económica, ya que fomenta la realización de la operación negocial. Las acciones edilicias en este sentido, son garantías accesorias de la relación obligatoria que nace con la compraventa, cuya finalidad es reforzar la expectativa del deudor en el cumplimiento de la prestación²⁹. Dado que ellas representan una mayor seguridad desde el punto de vista del comprador, es que se potencia el aumento de las relaciones economi-

²⁷ Así expresamente los define el *Projet de code des obligations et des contrats. Texte définitif approuvé à Paris Octobre 1927*, versión bilingüe, Provveditorato Generale dello Stato, Roma, 1928, p. CXXXVI.

²⁸ Cfr. art. 1485 CC y art. 1490.2 CC italiano. También el art. 1859 CC chileno –que retoma el art. 1643 CC francés– expresamente señala que el saneamiento por vicios ocultos puede excluirse por las partes: «Si se ha estipulado que el vendedor no estuviese obligado al saneamiento por los vicios ocultos, estará sin embargo obligado a sanear aquellos de que tuvo conocimiento y que no dio noticia al comprador». En el ordenamiento colombiano se permite dicha exención, pero no se aplica si los conocía (art. 1916 CC colombiano). También es posible la exclusión de determinadas tipologías de vicios (art. 1920 CC colombiano).

²⁹ Porque es esta la efectiva finalidad de la garantía, como muestra FRAGALI, *op. cit.*, p. 446.

cas³⁰. Debe tenerse muy claro que «la finalidad perseguida por la garantía no es otra que la de suministrar una seguridad, una protección o una defensa³¹»; la presencia accesoria de la garantía fomenta un mecanismo remedial independiente, ya que asegura una respuesta objetiva, condicionada exclusivamente a la presencia del vicio. Con la sola prueba de su existencia, procede la tutela, prescindiendo totalmente de la conducta del vendedor: se fija una responsabilidad *de minimis*. Ahora bien, esta responsabilidad puede expandirse y sí que la conducta del vendedor influirá para que ésta se amplíe, *de máximo*. Este será el caso donde se prueba que dolosamente no se habían comunicado los vicios del bien. Aquí la tutela es tan amplia, que los remedios edilicios vienen a aplicarse aun cuando se hubiesen excluido por pacto entre las partes.

En este escenario, todo el mecanismo opera con fluidez, ya que deudor y garante se reúnen en la misma persona, armonía que no se da con otras garantías reales o personales donde puede existir una posible dicotomía entre estos dos *status*. En la compraventa, quien debe la obligación –de entregar– se convierte en su propio asegurador³² y garantiza que el bien esté exento de cualquier vicio. Esta garantía se eleva en términos absolutos ya que nunca es excusable. En ello radica su utilidad, pues no solo prescinde de cualquier conducta, sino que goza de una carga probatoria relativamente sencilla, ya que operará solo con la acreditación de la existencia de un vicio.

Por lo tanto, la reducción del precio y la resolución (en su modalidad de acción redhibitoria) nacen como garantías objetivas que, por un lado, están desvinculadas de una obligación infringida y por otro, se relacionan con vicios que inicialmente no son reparables ni sustituibles, aspecto que veré en el siguiente epígrafe.

³⁰ También parte de la doctrina observa la existencia de una relación entre garantía y la importancia económica del negocio estipulado: cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di Diritto europeo*, cit., p. 325.

³¹ Como destaca claramente RIERA AISA que evidencia que «cuando una persona garantiza el cumplimiento de una obligación por parte del deudor, lo que en el fondo hace es fomentar la confianza del acreedor en la idea de que la prestación será cumplida»: RIERA AISA, «Garantía», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, bajo la dirección de Carlos E. MASCAREÑAS, Tomo X (preparado por Buenaventura Pellisé Prats), Francisco Seix, Barcelona, p. 534.

³² La doctrina observa que la garantía a cargo del propio deudor, es el el procedimiento más primitivo para asegurar el cumplimiento de una obligación, así RIERA AISA, *op. cit.*, p. 540.

IV. LA AMPLIACIÓN DE LA TIPOLOGÍA DE VICIO Y SU FUSIÓN CONCEPTUAL

Inicialmente, desde los ediles curules, las acciones edilicias son aplicables solo a las compraventas de esclavos y jumentos³³. Posteriormente, se extienden a la compraventa de otros animales³⁴, hasta finalmente aplicarse, en la realidad contemporánea, a cualquier tipo de compraventa, a las cosas inanimadas y a los inmuebles³⁵.

En el contexto que aquí analizo, son dos los aspectos fundamentales a destacar. El primero, es que ambas acciones nacen y se relacionan con un vicio que no es reparable ni sustituible. Ellas se aplican a los *vitia corpori* o *animi*³⁶ o también, a los casos de *morbus*³⁷, es decir, a vicios que debe asumirse tratarse de defectos insalvables³⁸ en sí³⁹.

El segundo aspecto, corolario del primero, es que esto necesariamente se refleja en la tutela del comprador. En concreto, inicialmente en este tipo de compraventa no puede plantearse un derecho al cumplimiento diferente del total: no puede darse una pretensión de cumplimiento parcial⁴⁰, ni es concebible una repa-

³³ Dos son los edictos que asumen un papel prioritario en su génesis: el *edictum de iumentis venditis* (D. 21.1.38) y el *edictum de mancipis venditis*; vid. IMPALLOMENE, *op. cit.*, pp. 121 y ss. y 123; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., p. 259; ARANGIO-RUIZ, *La compraventa in diritto romano*, II, Jovene, Napoli, 1956, p. 365. Por todos en la doctrina española sobre un *excursus* relativo al derecho romano, remítase a MORALES MORENO, «El alcance protector... cit.», ADC, 1980, pp. 594 y ss.

³⁴ Como por ejemplo, la compraventa de ovejas, cabras, bueyes y cerdos: cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, II, pp. 394 y 395.

³⁵ Como se destaca en GARCÍA GOYENA, *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con nota preliminar del Profesor LACRUZ BERDEJO y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Universidad de Zaragoza, 1974, p. 750. Constata esto también MORALES MORENO, «El alcance protector...» cit., p. 621.

³⁶ Éstos reúnen tanto los defectos físicos comunes, como los relacionados con la esfera volitiva y mental del esclavo. Cfr. IMPALLOMENE, *op. cit.*, p. 9, nota 14, y también DONADIO, *op. cit.*, p. 107.

³⁷ Para la relación entre *vitiū* y *morbus* DONADIO, *op. cit.*, pp. 46 y ss.; GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Cedam, Padova, 2000, p. 6. Un sector de la doctrina defiende la inutilidad de matización entre ellos (ARANGIO-RUIZ, *La compraventa...*, II, cit., p. 386).

³⁸ Ya lo destaca ZIMMERMANN, *Derecho Romano, derecho contemporáneo, Derecho Europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad* (traducción de RODRÍGUEZ OLMOS), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 146 y 147.

³⁹ También se da cuando el vendedor no hubiere asegurado en concreto las cualidades prometidas en el momento de la venta, es decir, en caso de dicotomía entre *dicta et promissa*: v. gr. cfr. DONADIO, «Azioni edilizia e interdipendenza delle obbligazioni» *La compraventa e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di LUIGI GAROFALO, Cedam, Padova, tomo II, 2007, p. 489.

⁴⁰ Para la prohibición del cumplimiento parcial en Roma cfr. KNÜTEL, «Problemas del derecho de obligaciones moderno considerados a la luz de la experiencia romana» en *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo*, II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 132-134.

ración o sustitución. Ahora bien, solo cuando el vicio edilicio se transforma y amplía su concepto hasta tener su máxima expresión en la falta de conformidad, abarcando también el *aliud pro alio*, se abre la posibilidad de que también proceda la pretensión de cumplimiento perfecto en prestaciones defectuosas, manifestada, por ejemplo, en la reparación o sustitución del bien. Este concepto amplio de inejecución contractual, progresivamente se consolida con las reformas planteadas tanto para la compraventa⁴¹, como para los demás tipos de contrato⁴². La ampliación de la *ratione materiae* introduce un concepto de cumplimiento imperfecto, que antes no era posible y ahora justifica y permite una pretensión de cumplimiento parcial, como puede ser la reparación o sustitución del bien.

Cabe destacar que, al momento en que nace, la presencia de la garantía edilicia no genera ningún tipo de problemática. Por un lado, la operatividad entre las acciones redhibitoria y estimatoria viene resuelta mediante la tipificación de vicios diferentes; por otro, no se producen problemas jerárquicos con los remedios de reparación o sustitución para el cumplimiento parcial, ya que éstos no pueden plantearse por la naturaleza misma del objeto contractual⁴³. Finalmente, esta situación tampoco plantea inconvenientes en el caso de incumplimiento total –la no entrega del bien– ya que se trata de un escenario diferente del de las garantías, donde operaba la *condemnatio pecuniaria*. El sistema de medios a tutela del sujeto se instaura con absoluta coherencia. No obstante, será la progresiva ampliación de la *ratione materiae* la que hará surgir la inquietud por conciliar un mayor abanico de posibilidades y tutelas.

Finalmente, se hace hincapié en que con el paulatino desarrollo del concepto de vicio, materializado actualmente en la noción de falta de conformidad, ya no se condiciona el ejercicio de la acción de daños y perjuicios al dolo del vendedor, de forma que es acumulable (también) con la acción estimatoria⁴⁴.

⁴¹ Así se verifica, por ejemplo, en la compraventa de bienes de consumo y en la actual propuesta de reglamento sobre la compraventa. *Vid.* arts. 99 y 100 anexo CELS y arts. 89-91 ELI P, que incluyen expresamente en la falta conformidad, tanto la cantidad como la calidad.

⁴² Claros ejemplos son el amplio concepto de incumplimiento adoptado por el DCFR y los PECL.

⁴³ En este caso, el cumplimiento parcial –actualmente– no es incumplimiento, dado que no se relaciona con una obligación, sino que se manifiesta solamente en su aspecto de vicio edilicio, que da lugar a una garantía desvinculada de la culpa.

⁴⁴ *V. gr.* art. 1494 CCit, y III.-3:102 DCFR, art. 8:102 PECL) y con matices respecto a la reducción del precio *v. gr.* III.-3:601(3) o art. 3:401(3) PECL: *cfr.* FERRANTE, *La reducción...* cit., p. 33.

V. EL *CODE NAPOLÉON*, «SUS SUCESESORES» Y LA TUTELA DEL COMPRADOR: DE LA GARANTÍA A LA OBLIGACIÓN

A la hora de predisponerse la tutela edilicia de la compraventa en la nueva codificación en la tradición continental, impulsada en Francia, se producen peculiaridades que hacen que las posturas española, italiana y francesa⁴⁵ asuman por separado características diferentes. Si bien estas codificaciones esencialmente adoptan un esquema homogéneo frente a la tutela del acreedor en el contrato en general, su postura es distinta a la hora de hacer propio el sistema edilicio, creando importantes consecuencias jurídicas.

Se constata así que en presencia de un vicio oculto, las garantías edilicias romanas, en algunos casos, no se incorporan como es menester. Si tanto en el *Code* como en el *Codice*, la recepción de estas garantías es coherente con la visión romana, ésta se transforma en el código español y en los latinoamericanos fieles al enfoque de Andrés Bello.

El código civil francés y el italiano –en sus dos versiones⁴⁶– tienen claro el instrumento jurídico que se está incorporando: no se trata de una obligación del vendedor, sino de una garantía frente a los vicios ocultos y también frente a la evicción. Tanto en el *Code* –en que la Sección III se titula «*De la garantie*»⁴⁷– como en el derecho italiano, el vendedor garantizará al comprador por los vicios de la cosa o por su evicción⁴⁸. En este sentido, las acciones edilicias y su garantía siguen relacionándose con el riesgo del descubrimiento de los vicios ocultos dentro del plazo establecido *ex lege*, el cual, una vez cumplido, hará recaer el riesgo sobre el comprador⁴⁹.

⁴⁵ Al margen de sus peculiaridades, se trata de ordenamientos que tienen esta raíz en común. De esta manera, a lo largo de este trabajo, se hará referencia a dichos sistemas, a su legislación e interpretación jurisprudencial, como una herramienta útil, *mutatis mutandis*, para una sistematización del tema tratado, mediante su análisis y comparación.

⁴⁶ Cfr. art. 1603 *Code*, art. 1476 n. 3 CC italiano, que retoma el art. 1465 *Codice* de 1865.

⁴⁷ Cfr. arts. 1625, 1626, 1640, 1643 *Code*.

⁴⁸ Cfr. 1476, 1490 y 1492 Ccit. Aunque el art. 1476 Ccit habla de «obligación de garantizar», el contenido de pura garantía se expresa tanto en los arts. 1490 y 1492. Esta postura confirma la original del *Codice* de 1865 (*vid.* art. 1482 en relación con la evicción y 1498 en relación con la garantía por «vizi e difetti occulti»).

⁴⁹ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. II. Le obbligazioni e i contratti. 2. I singoli contratti, gli atti unilaterali e i titoli di credito, i fatti illeciti e gli altri fatti fatti fonte di obbligazione, la tutela del credito*, 4.^a ed., Cedam, Padova, 2004, p. 18.

A esta tendencia se opone otra. En el Código civil español, este aspecto «garantista» se comprende como «saneamiento» y en consecuencia, lo transforma *–nolens o volens–* en obligación. El ordenamiento español establece como obligaciones principales del vendedor la de «entrega» y el «saneamiento» del bien (art. 1461 CC). De este modo, «el vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos» (art. 1484 CC) y responderá al comprador por ellos o por la evicción (art. 1474 y 1475 CC). Idéntica solución se plasma en los códigos chileno y colombiano, donde también aquí la palabra «*garantie*» se manifiesta expresamente como «obligación de saneamiento», por evicción o vicios ocultos⁵⁰ (art. 1837 CC chileno, art. 1893 CC colombiano).

Esta percepción española y latinoamericana comienza a modificar un sistema que había nacido con finalidades del todo diferentes y las acciones edilicias vienen a convertirse en (presuntas) obligaciones. De esta transformación derivan problemáticas jurídicas, muestra de las cuales es aquella, indirecta, sobre cómo interpretar los plazos de ejercicio de dichas acciones. Las dudas, se generan a propósito del término «se extinguirán»⁵¹, del art. 1490 CC, pudiendo entenderse que se trata de un plazo de prescripción⁵² o de caducidad⁵³; ello es consecuencia de no haber tomado conciencia de que lo que se está incorporando en la legislación son garantías y no obligaciones⁵⁴.

⁵⁰ Para la evicción cfr. v. gr. art. 1839 CC chileno, art. 1895 CC colombiano y para los vicios ocultos art. 1859 CC chileno, art. 1919 colombiano.

⁵¹ Como señala GARCÍA CANTERO esta expresión procede del art. 1412 del Proyecto de 1851; GARCÍA CANTERO, *Artículos 1445 a 1541*, en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XIX, 2.ª ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, p. 389.

⁵² Se decantan por un término de prescripción: v. gr. GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pp. 390 y 391 y en la actualidad PEÑA LÓPEZ, «art. 1490», en VVAA *Comentario al Código Civil*, Rodrigo BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, coord., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 4.ª ed., 2013, p. 2006. Como lo demuestra Fernando PEÑA, si bien el contraste jurisprudencial parecía resuelto en favor de la caducidad en los años ochenta, en realidad éste aún se mantiene vigente.

⁵³ Parece implícitamente decantarse en favor de la caducidad, aquella doctrina que destaca la prevalencia de sentencias en este mismo sentido: v. gr. FENOY PICÓN, «Art. 1484-1499», en VVAA, *Comentarios al Código Civil*, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1626 y ss; DE VERDA Y BEAMONTE, «Art. 1490», en VVAA, *Código Civil Comentado*, CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO (dir.), VALPUESTA FERNÁNDEZ (coord.), vol. IV, libro IV, Thomson Reuters, 2011, p. 219.

Para otra interpretación de los plazos de las acciones edilicias en relación con el de ejercicio de la facultad concedida en el art. 1166 CC: *vid.* BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, «La naturaleza...» *cit.*, pp. 829 y ss.

⁵⁴ Esta problemática parece pasar desapercibida en Chile, entendiéndose los términos como de prescripción. *Vid.* GUZMÁN BRITO, «Sobre la relación entre las acciones de saneamiento de los vicios redhibitorios y las acciones comunes de indemnización, con especial referencia a su prescripción», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 9, 2007, pp. 95 y ss.

Estas dudas bien pueden considerarse injustificadas ya que, en cuanto garantías, las acciones se relacionan con el riesgo del descubrimiento de los vicios, quedando clara la necesidad de un término perentorio para su ejercicio. En este sentido, el ordenamiento italiano —y posteriormente la Convención de Viena⁵⁵— es coherente al prever la caducidad del ejercicio de estos derechos, cuya acción judicial expira en un año desde la entrega del bien, siempre que se denuncie el vicio dentro de ocho días desde su descubrimiento⁵⁶,

⁵⁵ Aquí el plazo para la denuncia del vicio es el considerado «razonable» (a partir del momento en que los haya descubierto o debería haberlos descubierto), hasta un tope máximo de dos años (desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador), en virtud del art. 39 CISG. Mientras que para interponer la acción judicial se tendrán cuatro años ya que, como señalan GARRO y ZUPPI, para los contratos sometidos a la CISG se aplica la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercadería, aunque en su defecto deberá aplicarse lo que determinen las normas del derecho internacional privado (GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, 2.ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 194). La Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercadería, aprobada en Nueva York el 14 junio de 1974 y su protocolo de enmienda de 11 de abril de 1980 (que armoniza el texto con el de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería), puede consultarse en el enlace http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_limitation_period.html. Sobre el examen de las mercaderías y la comunicación de la falta de conformidad, en relación con los arts. 38 y 39, *vid.* la opinión del Consejo consultivo de la Convención de Viena, aprobada por unanimidad en la sesión de enero de 2004 en Londres y cuyo relator ha sido BERGSTEN. Se reenvía al comentario y a la exhaustiva jurisprudencia citada, relativa a los artículos de GARRO y PERALES VISCASILLAS, «Opiniones del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías (CISG-AC)», *ADC*, 2008, n. 3, pp. 1389 y ss.

En relación con el plazo razonable *ex art.* 39 CISG *vid.* SONO, «Artículo 39», en *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Cesare Massimo BIANCA y Joaquim BONELL editors), Giuffrè, Milano, 1987, pp. 303 y ss.; MORALES MORENO, «Artículo 39», en VVAA, *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de La Convención de Viena*, (dirección de DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN), Civitas, Madrid, 1997, pp. 335 y ss.; Stefan KRÖLL, «art. 39», en VVAA, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Stefan KRÖLL, Loukas A. MISTELIS, María del Pilar PERALES VISCASILLAS (ed), München, Oxford, Portland: Beck, Hart, Nomos, 2011, pp. 487 y ss. Con referencias también a Iberoamérica: *vid.* GARRO y ZUPPI, *op. cit.*, pp. 194 y ss.; SCHWENZER, «Art. 39», SCHWENZER I., Edgardo MUÑOZ (dir.), SCHLECHTRIEM Peter & SCHWENZER Ingeborg: *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, II, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pp. 1111 y ss., con sección comparativa iberoamericana de MUÑOZ, §§ 22-29, pp. 1209 y ss.

⁵⁶ *Vid.* el art. 1495 CCit en este sentido, perfecciona la antigua redacción del art. 1505 CCit de 1865, que afirmaba que la acción «*deve proporsi*» para los bienes inmuebles en un año, para los muebles en tres meses y para los animales en 40 días desde la entrega. El pasaje de unificación entre los códigos francés e italiano, con la modificación del art. 1505 CCit y del 1648 CCf, se había propuesto mediante el art. 372 del Código franco-italiano de obligaciones y contratos, que establecía la obligación de denunciar el vicio dentro de 60 días desde el descubrimiento y la acción debía deducirse dentro de seis meses, para los bienes muebles, o un año, para los inmuebles, desde la entrega. La referencia al proyecto afirma que dichos términos son de caducidad: *Projet de code des obligations et des contrats. Texte définitif approuvé à Paris octobre 1927*, versión bilingüe, Provveditorato Generale dello Stato, Roma, 1928, p. CXXXIV.

considerándose éste un término más benévolo y amplio para el consumidor⁵⁷.

Este aspecto, en cambio, pasa desapercibido en la óptica francesa⁵⁸, aunque la «*souplesse legal*»⁵⁹, establecida por la originaria redacción, viene a rectificarse mediante la trasposición de la directiva 44/1999, que decide fijar un término concreto y homogeneizar la compraventa civil y la de consumo, aunque finalmente se asiente en dos años, frente a la inicial propuesta quinquenal⁶⁰.

Por su parte, una evidente mejora de la confusión española, se logra en la actual *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos* (en adelante PMCC). Por un lado, para los contratos en general, fija un plazo expreso de caducidad y por otro, introduce como especificidad para la compraventa –fiel⁶¹ a la Convención de Viena– la notificación dentro de un plazo razonable de la falta de conformidad, complementándolo con otro de prescripción de la acción judicial.

Por fin parece escucharse lo que la doctrina⁶² había constatado al manifestar la «especialidad» de las acciones edilicias, aun cuan-

⁵⁷ Efectivamente el *Codice di Consumo* prevé la prescripción de la acción de los derechos derivados de la falta de conformidad a los 26 meses de la entrega del bien, pero la denuncia debe realizarse dentro de los dos meses desde el conocimiento del vicio (cfr. art. 132.4 *Codice di consumo*).

⁵⁸ Con la trasposición de la directiva 44/1999 se viene a modificar el momento para el ejercicio de las acciones edilicias del art. 1648 CCF. Si la original redacción preveía su ejercicio «*dans un bref délai suivant la nature des vices rédhibitoires et l'usages du lieu où la vente a été faite*», con la nueva redacción se uniforma el plazo con la garantía de ventas de consumo (vid. L. 211-12 *Code de la consommation*), estableciéndose dos años desde la entrega del bien. Esta homogenización se debe también a que, a tenor del L 211-13 *Code de la consommation*, la tutela prevista en él no excluye la del Código civil. Sobre la efectividad práctica de estas garantías legales en ambos textos v. gr. CALAIS-ALOY y TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8.ª ed., Dalloz, Paris, 2010, n. 232-234, pp. 287 y ss.

Ya desde el año 1998, la *Cour de cassation*, en su relación anual, aconsejaba su modificación (vid. Relaciones anuales de la *Cour de cassation* de 1998, 1999 y 2000. En este último año, se matiza respecto a los primeros dos y se sugiere hacerlo con ocasión de la trasposición de la directiva 44/1999: relaciones consultables en <http://www.courdecassation.fr/>).

⁵⁹ Así la definen MALAURIE, AYNÈS y GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 2.ª ed. refondu, Defrénois, Paris, 2005, n. 400, p. 241.

⁶⁰ Como ya destaca la doctrina francesa, la inicial comisión presidida por Geneviève VINEY y encargada de elaborar el texto de transposición de la directiva 44/1999, había propuesto un plazo de cinco años: cfr. CALAIS-ALOY y TEMPLE, *op. cit.*, n. 236, p. 293, nota 4.

⁶¹ A diferencia de la Convención de Viena, el anteproyecto español indica que la caducidad no alcanzará a la reducción del precio ni a la acción de daños y perjuicios; aunque el art. 1489 PMCC, afirma que si el vendedor conociere o no hubiera podido ignorar la falta de conformidad, el comprador conserva todos sus derechos.

⁶² Es MORALES MORENO quien destaca brillantemente la múltiple especialidad de las acciones edilicias indicando que «conviene evitar una confusión: construir el saneamiento (o garantía) como una obligación cuyo incumplimiento (*Nichgewährleistung*) permite el ejercicio de las acciones edilicias. La obligación de garantía no tiene un contenido diferente que el de las acciones edilicias» (MORALES MORENO, «El alcance protector...» cit., p. 680, para las razones de la especialidad concretamente vid. p. 681).

do no se haya hecho referencia a su calidad original de garantías, descartando la de obligaciones.

Ahora bien, si asumimos que el anteproyecto español predispone los remedios edilicios tanto con carácter general, como específico para la compraventa, se deben aclarar algunos aspectos. Si se quiere transformar lo que es una garantía en un remedio general, como hace el referido instrumento y los recientes textos de unificación de derecho privado europeo, es menester matizar el aspecto de la caducidad. Como se ha destacado⁶³, la elevación a principio general básico de un medio de tutela, es poco compatible con su caducidad. Por ello, se debe analizar el contexto en el cual está ubicada la medida, si se prevé para un contrato específico o si se eleva a principio general básico.

Sin embargo, la «desconexión» entre saneamiento garantía y obligación queda patente en el código español, aunque la doctrina⁶⁴ se ha esforzado en evidenciarla mediante una atenta reconstrucción histórica.

VI. LA PRETENSIÓN DE EXACTO CUMPLIMIENTO, PARCIAL O IMPERFECTO

Con la llegada del *Code Napoléon* se viene a crear un sistema que, además de contemplar unas reglas generales para el contrato,

⁶³ Expresamente el art. 1197 PMCC habla de plazo de caducidad semestral, en relación con la reducción del precio para cualquier incumplimiento contractual. Mientras, para el contrato de compraventa, se fija una prescripción (quinquenal o bienal dependiendo de si se trata de bien inmueble o mueble respetivamente), al tenor del art. 1488 PMCC.

La doctrina critica este aspecto, dado que al transformar la reducción del precio en un remedio general, no podría estar sujeto a un plazo de caducidad y aboga por la supresión del art. 1197.3 PMCC. Para FENOY PICÓN, ese plazo podría considerarse vigente si se admite que estas «son reglas especiales, frente a las generales sobre los plazos de ejercicio de los derechos en sede de prescripción extintiva. Pero, incluso así, tampoco veo razones suficientes que justifiquen la generalización del plazo de seis meses del art. 1490 CC»: FENOY PICÓN, «La modernización... parte segunda», cit., p. 1568.

Por lo que respecta a la acción de resolución, la doctrina matiza y afirma que en el actual código, en caso de resolución por incumplimiento, el plazo sería de prescripción y para la acción edilicia de caducidad: RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 178. Sobre la constatación de los diferentes términos de prescripción y caducidad de las acciones edilicias, en relación con los que legitiman la acción de incumplimiento en general v. gr. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 142.

⁶⁴ Es DE VERDA Y BEAMONTE quien destaca agudamente la «desconexión» en la regulación de los vicios ocultos. Para el autor, esto depende esencialmente del hecho de que si el art. 1641 CCf (al cual correspondería el art. 1484 CC) está inspirado en la doctrina de DOMAT, el art. 1644 CCf. (cuyo correspondiente es el art. 1486 CC) se inspira en la doctrina de POTHIER. *Vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, «La falta de armonía entre la tipificación del vicio redhibitorio y los remedios jurídicos con que cuenta el comprador de una cosa defectuosa», *ADC*, 2002, n. 2, pp. 641 y ss. En la doctrina española, sobre POTHIER y la relación con las acciones edilicias, la garantía y el incumplimiento, también *vid.* MORALES MORENO, «El alcance protector...» cit., pp. 662 y ss.).

regula en detalle sus principales tipologías, disponiendo una normativa *ad hoc* cuya estructura ha sido utilizada como modelo, por ejemplo, en los códigos de Italia, España, Chile o Colombia⁶⁵.

Este método por lo tanto crea, de un lado, un sistema general frente al incumplimiento contractual y de otro, uno específico para la compraventa; este último, incorpora la tutela edilicia para un contrato cuyo objeto hoy abarca cualquier bien, mueble o inmueble, frente a las originarias limitaciones romanas.

Así, en la teoría general del contrato, rige el principio *pacta sunt servanda* y la fuerza vinculante genera determinadas obligaciones para los contratantes que, para el vendedor es la entrega del bien y para el comprador es el pago del precio. Son las partes que, por libre consentimiento, se obligan a ejecutar el contrato según el patrón de la buena fe –que se presume– y el de la diligencia.

Los nuevos códigos instauran una tutela de incumplimiento contractual, a la cual se solapa una edilicia en el caso de la compraventa. Sin embargo, esta estructura de los códigos filo-franceses genera un sistema que adolece de una doble debilidad.

En primer término, la teoría general del contrato no regula una acción que pudiere ejercerse para el caso del cumplimiento parcial, la que, en cambio, sí se prevé en la compraventa y opera mediante la reducción del precio.

En segundo término, ambos sistemas –el general y el relativo a la compraventa– carecen de medios *ad hoc* frente al proliferante fenómeno de la pretensión de cumplimiento, cuando éste ha sido imperfecto.

A continuación, analizaré por separado las consecuencias y soluciones jurídicas que estas necesidades han generado.

6.1 LA SITUACIÓN CON RESPECTO A LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

El sistema general filo-francés no permite situaciones híbridas y no tiene en cuenta el cumplimiento parcial o defectuoso⁶⁶, sino que se dispone para las soluciones extremas, como la pretensión de

⁶⁵ La doctrina observa que este sistema viene retomado también en los libros III y IV del DFCR y en los principales códigos civiles: SAMOY, DANG VU y JANSEN, *op. cit.*, p. 859.

⁶⁶ La doctrina española destaca que el concepto de cumplimiento defectuoso se desprende de lo expresado en la última parte del artículo 1101 del CC («de cualquier modo»). Con referencias bibliográficas: *vid.* el trabajo monográfico de NAVAS NAVARRO, *El incumplimiento no esencial de la obligación: análisis del incumplimiento no esencial en las obligaciones contractuales de dar*, Reus, Barcelona, 2004, en particular pp. 46 y ss., *vid.* También MARTÍNEZ CALCERRADA, «Cumplimiento defectuoso de la prestación (su inclusión en la contravención o cuarta causa del art. 1101)», *RCDI*, n. 517, 1976, pp. 1341 y ss.

exacto y total cumplimiento o la resolución del contrato más daños y perjuicios (cfr. art. 1184 CCf, art. 1124 CC, art. 1453 CCit.). En este sentido, frente a un cumplimiento defectuoso –en la óptica general– al no preverse una acción de exacto cumplimiento, se encontraba la solución mediante la demanda de daños y perjuicios que, en los casos más graves, da lugar a la resolución del contrato, *ex artículo 1124 CC*⁶⁷.

Frente al cumplimiento parcial o defectuoso –tipologías que antes se diferenciaban netamente entre ellas⁶⁸– la única manera para defenderse, no era mediante acción, sino por medio de excepción: la *exceptio adimpleti contractus* (que llega expresamente a ser tipificada en Italia en el art. 1460 *Codice*) y más concretamente la *non rite adimpleti contractus*, remedio ya presente en la Época Republicana y Clásica de Roma, aunque asuma su actual nombre solo desde la Edad Media⁶⁹.

En la época de promulgación del *Code*, existían mecanismos «defensivos» frente al cumplimiento parcial o inexacto, pero no tutelas activas, como puede ser la acción de reducción del precio que sí está presente en la compraventa. La *exceptio* llega a ser un útil instrumento complementario en caso de incumplimiento total y sobre todo, de cumplimiento parcial⁷⁰, pero debe destacarse que este es un remedio que paraliza la pretensión⁷¹ y no puede convertirse en acción, dada su particular naturaleza.

Por lo tanto, en la teoría general del contrato sí existe la posibilidad de impetrar una acción de resolución, pero no una acción de reducción del precio, como se da para la compraventa. Esta ausencia provoca situaciones patológicas, ya que frente al cumplimiento

⁶⁷ Como destaca GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 40, 74 y 75. Para los casos en que el cumplimiento defectuoso o parcial dan lugar a resolución: pp. 86 y ss.

⁶⁸ Sobre esta diferenciación v. gr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

⁶⁹ A favor del vendedor, en la Época Republicana y Clásica: VIARIO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Cedam, Padova, 2011, p. 21 y ss; a favor del comprador, *op. ult. cit.*, pp. 121 y ss. La autora resume las varias tesis admitiendo que la denominación de origen medieval podría derivar del fragmento D.19.1.13.8 (Ulp. 32 ad ed.): *Offeri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendit*. Para SCADUTO nacería la regla «*ex contractu ultro citroque obligatorio non potest effectualiter agi nisi ab eo qui totum contractum ex parte sua impleverit*», de la que ha surgido el nombre del instituto. (SCADUTO, *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano*, *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, Vol. 8, Castiglia, Palermo, 1921, p. 79). En contra, PERSICO para quien la expresión nace de «*nisi ea quae placita sunt, paratus est adimplere*: C 2.3.21 (Imp. Diocletianus et Maximianus a. 293)»: PERSICO, *L'eccezione di adempimento*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 2, nota n. 2. Ampliamente *vid. VIARIO, op. cit.*, nota 1 pp. 1 y 2 y pp. 99 y ss.).

⁷⁰ Extensamente, quiero remitirme a RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *op. cit.*, pp. 65 y ss. y 83 y ss.

⁷¹ En este sentido RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 85.

parcial o imperfecto debe justificarse un medio eficiente que el legislador no ha previsto.

Frente a esta situación, los sistemas jurídicos reaccionan y la jurisprudencia viene en ayuda esencialmente de tres maneras.

A) Por un lado, la jurisprudencia italiana, con carácter premonitor frente a todos los actuales proyectos de derecho privado europeo, eleva la acción de reducción de precio a principio general básico del derecho de contratos.

B) Por otro lado, el ordenamiento español transforma jurisprudencialmente la *exceptio* de contrato incumplido, hasta darle semblanza y efecto de una acción de reducción del precio, mediante la forma reconventional implícita o

C) Se hace caer la reducción del precio en las mallas de los daños y perjuicios del artículo 1100 CC.

Solo de esta forma se consigue ofrecer al acreedor una tutela que, de otra manera, no poseería.

Desde el primer punto de vista, un paso importante lo inicia aquella jurisprudencia italiana⁷² que permite la aplicación de la reducción del precio al *contratto preliminare*⁷³, a pesar de que no exista disposición alguna que lo permita. Bajo los otros dos aspectos, la jurisprudencia española muestra alguna debilidad.

Así, se transforma la excepción de contrato no cumplido en una reducción del precio impropia. La praxis jurisprudencial muestra

⁷² Resuelve este aspecto la Cass. Civ., *sezioni unite*, 27.2.1985, n. 1720 (*Giust. civ.*, 1985, I, 1630, *FI*, 1985, I, 1697, *Vita not.*, 1985, 257, *Giur. it.*, 1987, I, 1, 173, *Resp. civ. e prev.*, 1985, 615, *Rassegna di diritto civile*, 1986, 752, *ibidem*, 1987, 238, *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 303). Anteriormente a la sentencia a *sezioni unite* de la *Cassazione*, convivían dos orientaciones jurisprudenciales contrarias. Una que solo permitía una acción en forma específica y rechazaba aquella de reducción del precio, y otra que admitía la procedencia de esta última.

⁷³ El *contratto preliminare*, o sea un contrato preparatorio de uno definitivo, no coincide exactamente con el precontrato español. Aunque escueta, existe doctrina española sobre el argumento: ALGUER MICO, «Para la crítica del concepto de precontrato», *RDP*, 1935, pp. 321-333, pp. 369-384, y pp. 417-434; y 1936, pp. 1-15; ROMÁN GARCÍA, *El precontrato: estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1982; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991; MARÍN NARROS, «Estudio sobre el concepto y los efectos del precontrato», *RCDI*, n. 718, 2010, pp. 487-518. Por lo que respecta a remisiones a ordenamientos iberoamericanos: MURILLO, *Forma y nulidad del precontrato: con especial referencia a la legislación iberoamericana*, Eunsa, 1993, Colecciones Jurídicas Universidad Navarra, Pamplona, 1993.

Fascinante es la tesis de SANCIÑENA ASURMENDI, que diferencia el «precontrato» del término «promesa de contrato», caracterizados por tener regímenes jurídicos específicos. El precontrato sería «el convenio para la realización de un contrato futuro que debe ser completado por un nuevo convenio entre las partes», dando lugar a indemnización; en cambio, la «promesa de contrato» se relacionaría con el cumplimiento forzoso e identificaría «el acuerdo que contiene plenamente configurado el contrato futuro, y que no necesita para su perfección del posterior convenio de las partes»: SANCIÑENA ASURMENDI, *La opción de compra*, 2.ª ed., Dykinson, 2007, p. 82.

que, aunque se niegue dicha acción *ex* artículo 1484 CC y ss., los jueces utilizan un *escamotage* para proporcionar tal tutela de hecho en otros contratos, como el de obra⁷⁴. En ellos, se produce una reducción del precio mediante el mecanismo de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, incluso si el demandado no lo solicita en el *petitum*. Se aplica por el simple hecho de que el comitente afirma que su impago⁷⁵ se debe a la existencia de imperfecciones y que, por lo tanto, el contratista no ha cumplido conforme a los términos establecidos⁷⁶.

Si nace como *exceptio*, no puede servir sino para oponerse a una petición de la otra parte; en ningún momento puede transformarse en una *actio* propiamente tal, a no ser que se acompañe con otro requerimiento explícito formulado mediante *petitum* reconvenzional o subsidiario. La *exceptio non rite adimpleti contractus* tiene una naturaleza meramente defensiva y como la mejor doctrina destaca, es una «eficaz coacción psicológica indirecta (...) obligando a la parte que ha incumplido y que quiere conseguir la contraprestación a efectuar la propia»⁷⁷.

En estos casos, la presencia del vicio o defecto produce una reducción del precio impropia, ya que se formula implícitamente

⁷⁴ Con respecto al contrato de obra, la tendencia es excluir la normativa de los vicios ocultos, independientemente de que el contratista coincida o no con el vendedor: STS n. 347/1999, de 23 abril, RJ 1999/2591. Del mismo modo, se niega la aplicación de las acciones edilicias en STS 10.3.1993, RJ 1999/1829 (ruidos y vibraciones que provocan responsabilidad solidaria entre vendedor y arquitecto). En el mismo sentido ya: STS 1.3.1991, RJ 1991/1708; STS 25.11.1988, RJ 1988/8713; STS 16.2.1985, RJ 1985/558; STS 20.12.1985, RJ 1985/6611. En otro caso, se pide la *actio quanti minoris* correspondiente al importe equivalente a la sustitución del vicio, condenándose, en cambio, *ex art.* 1591 y no por vicios ocultos, en cuanto el vendedor ya conocía el defecto: STS 18.12.1984, RJ 1984/6133 (compraventa de vivienda, 80 pasamanos afectados de carcinoma; Comunidad de propietarios *vs* constructor). Como correctamente constata un pronunciamiento del Tribunal Supremo, esto se justifica en cuanto las acciones edilicias tienen un breve plazo de ejercicio, extendiendo la tutela del comprador: «si bien la doctrina científica ha contemplado la posibilidad de aplicar las normas por vicios ocultos establecidas para esa modalidad contractual proyectándolas al arrendamiento de obra, ni tal parece ha sido recibido por la jurisprudencia, ni sus propugnadores con reservas dejan de admitir las dificultades que ofrece la solución, sobre todo por la brevedad de los plazos que se seguirían para descubrir en tal escaso tiempo los defectos ocultos de lo edificado»: STS 3.10.1979, RJ 1979/3236 (desprendimiento de azulejos que alcanza la totalidad de las terrazas del edificio).

⁷⁵ Admiten una reducción del precio en caso de «reconvencción implícita», es decir, independientemente que el sujeto lo haya pedido: STS n. 876/2004, de 22 julio, RJ 2004/4696. Se concede una reducción impropia en relación con obras constructivas correctoras: STS n. 872/1998, de 24 septiembre, RJ 1998/6402.

⁷⁶ Recuérdese que la mayoría de estos pleitos empiezan por procedimiento de impago iniciado por el contratista.

⁷⁷ REALMONTE, «Eccezione di inadempimento», *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 239. La consideración está hecha en relación con la *exceptio inadimpleti contractus*, pero puede tranquilamente referirse a la *non rite adimpleti* en cuanto la doctrina propende hacia una similitud funcional entre las dos figuras (por todos: DAL MARTELLO, «Eccezione di inadempimento» en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, VI, 1960, p. 358).

mediante una reconvencción. Queda claro que la falta de una norma relativa a la reducción del precio en el contrato de obra no impide su aplicación *sui generis*⁷⁸ mediante la intervención del juez. Lo anterior, en algunos casos conlleva una interpretación equivocada sobre una «reconvencción implícita»⁷⁹, formulada por el demandado, pero debe tenerse presente que la excepción de ningún modo puede considerarse como manifestación de un derecho autónomo⁸⁰. Por ello, no puede transformarse un remedio defensivo en uno «implícitamente» ofensivo. Una cosa es legitimar, mediante la *exceptio non rite*, el comportamiento del sujeto y autorizarlo a no pagar la cuantía reclamada y otra, es interpretar dicha situación para condenar al demandante a una reparación o a una reducción del precio sin que ésta se haya solicitado en el *petitum*⁸¹.

⁷⁸ Mediante la *non rite* se logra una acción de reducción del precio que no solo se aleja de un cálculo proporcional, sino que debe quedar netamente diferenciada de la acción estimatoria *ex art.* 1484 CC, también desde el punto de vista de la prescripción. Esta excepción podrá someterse al plazo quinquenal del art. 1964 CC: «esa *exceptio non rite adimpleti contractus* solo prescribe a los quince años y por consiguiente no está sujeta al plazo de caducidad establecido por el art. 1490 del mismo cuerpo legal»: STS 26.10.1987, RJ 1987/7473. Esta intrusión del juez no solamente se limita a dictar una reducción del precio sino tal vez va más allá. Por ejemplo se condena también a la sustitución del bien (la instalación de aire acondicionado: SAP Barcelona, sec. 16.^a, 23 septiembre 2003) o se condena al pago del importe de las reparaciones del vicio incluso cuando el coste del trabajo de reparación no se justifica mediante un dictamen pericial (Aquí es el juez quien va a establecerlo «moderadamente» por su cuenta. En concreto el informe pericial no había cuantificado la reparación en relación con la colocación de la puerta acústica que daba lugar a defectuosa insonorización y cuyo precio se fija en «moderadamente en 50.000 pesetas» por el juez: SAP Barcelona, sec. 16.^a, de 23 septiembre 2003, en JUR 2003/258125, en JUR 2003/258125).

⁷⁹ «Dice la STS 6.2.1985 (RJ 1985/536) que admitida doctrinal y jurisprudencialmente la reconvencción implícita –sentencias 25.2.1933 (RJ 1933/1513), 6.2.1936 (RJ 1936/472), 29.5.1940 (RJ 1940/427), 13.6.1947 (RJ 1947/906), etc. –es decir, aquella que no va acompañada de formulismo procesal que la exteriorice, y reconocido igualmente, que el demandado, para impugnar la demanda no tiene necesidad de alegar expresa y nominalmente excepciones, bastando con la invocación de hechos de los que las mismas resulten»: STS n. 458/1996, de 8 de junio, RJ 1996/4833.

Se habla expresamente de reconvencción implícita, en relación con el arrendamiento de obra y la *exceptio non rite adimpleti contractus*: v. gr. STS n. 458/1996, de 8 junio, RJ 1996/4833.; SAP Tarragona, sec. 3.^a, 10 noviembre 2000, en JUR 2001/76699; SAP Jaén, sec. 1.^a, n. 203/2001, de 10 octubre, en JUR 2001/330180; SAP Ourense de 21 enero, de 1997 en AC 1997/111.

⁸⁰ Claro es CARNELUTTI en afirmar que «no debe pensarse que la excepción supone la proposición por el demandado de un contra derecho (...) la excepción es una pretensión del demandante, sin reclamar un derecho por sí, defiende su libertad no su derecho, en fin rechaza la agresión sin agredir»: CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto processuale civile*, V-2, Cedam, Padova, 1933, pp. 288 y 289.

⁸¹ La afirmación se refuerza si se analiza la reforma del año 2000 al art. 406.3 LEC, que expresamente prohíbe la reconvencción implícita. Sin embargo, se sigue admitiendo, por ejemplo, en el contrato de obra: SAP Madrid, sec. 10.^a, n. 45/2008, de 15 de enero, JUR 2008/99782; SAP Barcelona sec. 13.^a, n. 692/2007, de 19 de diciembre, JUR 2008/108694.

En términos generales y en palabras de la misma comisión «la PMCC ‘opta por lo que se ha llamado una concepción articulada del incumplimiento, en expresión acuñada por el profesor Antonio Manuel MORALES, que procede de la Convención de Viena’»: en palabras

Esta integración jurisprudencial a la teoría general del contrato se manifiesta en el artículo 1190 PMCC que, a diferencia del actual artículo 1124.2 CC, establece también la reducción del precio⁸².

Finalmente, el tercer aspecto de esta situación lo evidencia la jurisprudencia española cuando interpreta la reducción del precio como reclamación de daños y perjuicios, *ex* artículo 1101 CC⁸³.

En definitiva, la necesidad de encontrar una solución adecuada frente al incumplimiento no esencial –cumplimiento defectuoso o parcial– hace reescribir el derecho por la jurisprudencia y esto no se da solo en el caso del contrato en general, sino también en la compraventa, en que también ésta tiene que enfrentarse a sus problemáticas. Así, al margen de lo que afirmaré en el párrafo siguiente, debe adelantarse que la asociación entre daños y perjuicios *ex* artículo 1101 CC y la reducción del precio, se integra también para ampliar la tutela del comprador que, de lo contrario, se vería denegada debido a los breves plazos de ejercicio de las acciones edilicias. Esto ha trasladado la problemática de la tutela del comprador bajo la perspectiva del incumplimiento contractual y del *aliud pro alio*⁸⁴.

6.2 LA SITUACIÓN CON RESPECTO AL CONTRATO DE COMPRAVENTA

La estructura codificada de medios en favor del comprador, también resulta incompleta frente al cumplimiento defectuoso o

de Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *BMJ*, n. 2130, abril 2011, p. 6.

⁸² Como notablemente destaca la doctrina «conforme al vigente art. 1124.2 CC, el perjudicado por el incumplimiento puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación. El art. 1190 PMCC amplía el abanico de posibilidades, incluyendo la reducción del precio, pero en ambos preceptos el contratante no incumplidor puede elegir entre la pervivencia de la relación obligatoria –exigiendo el cumplimiento o la reducción del precio– o, por el contrario, la resolución o extinción de la relación obligatoria que le vinculaba con el incumplidor»: CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española», *BMJ*, n. 2131, mayo 2011, p. 9. Así que, en este sentido, la reducción llega a ser un remedio general del incumplimiento: FENOY PICÓN, «La modernización... parte segunda.», cit. 1561.

⁸³ Reenvío ampliamente a FERRANTE, *La reducción...* cit., pp. 86 y ss. y pp. 178 y ss.

⁸⁴ La doctrina observa como «la PMCC suprime el régimen de los saneamientos, estableciendo en su lugar el principio de conformidad (arts. 1445 y 1474 y ss.) y la obligación de que la cosa entregada esté libre de derechos de terceros (art. 1445 y 1490 y ss.) (...) con ello desaparece el problema de coordinación entre las acciones edilicias y la resolución por incumplimiento y la distinción entre el saneamiento por vicio ocultos y la doctrina del *aliud pro alio*, que tanta literatura jurídica propiciaron»: CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, p. 5.

Sobre el *aliud*, para todos, remito a FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa: evolución del ordenamiento español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid 1996, *passim*, y en el DCFR VAQUER ALOY, «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?», *ADC*, n. 1, 2011, pp. 5 y ss.

imperfecto. Esto se debe a que –al margen de la eventual acción de daños y perjuicios– la única vía que existe son las acciones edilicias, no permitiéndose la reparación o sustitución⁸⁵ del bien. Estos últimos dos remedios en cambio, se necesitan siempre, más aún si se trata de bienes muebles que son objeto de compraventa. La acción de cumplimiento que el código predispone para el contrato general, se percibe solamente en su óptica totalitaria e integral y no como una alternativa⁸⁶ a la acción de resolución o reparación.

La negativa a conceder la reparación o sustitución en el contrato de compraventa, se funda esencialmente en dos órdenes de consideraciones.

Por un lado, se entiende que la entrega del bien, aunque defectuoso, «comporta en todo caso una atribución patrimonial a favor del comprador (...) que representa para él una utilidad hasta el punto de que para él su satisfacción ya se puede lograr mediante la reducción del precio»⁸⁷.

Por otro lado, la reparación o sustitución directa del bien por parte del vendedor, constituiría una acción que difiere del contenido típico de su obligación en la compraventa, que consiste únicamente en dar y no en hacer, como sería la eliminación de los vicios/defectos⁸⁸. En este punto, alguna parte de la doctrina admite la posibilidad de una sustitución, pero no de la reparación, diferenciando la obligación de hacer y de dar, ya que, al fin y al cabo, en el primer caso «se volvería a dar»⁸⁹. Sin embargo, esta interpreta-

⁸⁵ Aunque se habla de reparación o sustitución, debe asumirse un término más amplio como subsanar, rectificar. La doctrina observa como «La terminología del art. 1483.1 Propuesta compraventa (subsanar, entregar otra cosa) no coincide con el art. 1193 PC (reparar, rectificar, sustituir). Pero en la Exposición de Motivos n. 18 de la propuesta sobre compraventa se comprueba que subsanar es reparar y entrega de otra cosa es sustituir»: cfr. FENOY PICÓN, «La modernización... parte segunda», cit., p. 1544.

⁸⁶ BIANCA destaca cómo la acción de cumplimiento no puede construir una alternativa a las acciones edilicias (o a la de falta de calidad *ex art.* 1497 CCit), dado que estas acciones presuponen que la prestación se haya realizado (de forma no exacta), mientras que la acción de cumplimiento presupone que la prestación no se haya ejecutado: cfr. BIANCA, *La vendita e la Permuta*, Giuffrè, vol. VII, tomo I, en *Trattato di diritto di Diritto Civile Italiano*, F. VASSALI (dir.), Utet, Torino, 1972, pp. 898 y ss.

⁸⁷ En estos términos MARTORANO, *op. cit.*, p. 37.

⁸⁸ Aquí es oportuno citar la doctrina italiana: GORLA, *op. cit.*, p. 65 MARTORANO, *op. cit.*, p. 116, *vid.* también 35 y ss., en particular p. 40. Más recientemente LUMINOSO, «La responsabilità del venditore e i rimedi del compratore», en BIN, M., y LUMINOSO, A., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, Vol. XXXII, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, Cedam, Padova, 2003, pp. 413 y 414.

⁸⁹ «L'obiezione che il venditore non può essere tenuto ad un *facere*, posto che si è obbligato solo ad un *dare*, perde gran parte della sua rilevanza. Dato che qui si tratta, appunto, di richiedere la sostituzione della cosa vizata con un'altra che non lo sia e quindi in nuovo *dare*»: AGHINA, «Garanzia per i vizi della cosa e azione di esatto adempimento», *GI*, 1964, I, p. 1137, también *vid.* GRECO y COTTINO, *Della vendita, art. 1470-1547*, II ed., en *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 281.

ción *a contrario* justificaría con mayor razón, la negativa de la sustitución, porque con ella el comprador terminaría por exigir un «segundo (y *ulterior*) cumplimiento»⁹⁰.

Ahora bien, si en el derecho italiano⁹¹ o francés⁹² esta problemática es más contundente, en la óptica española se atenúa debido a la incorrecta comprensión del saneamiento, en relación con las acciones edilicias. Dado que se entiende que esta genuina garantía es una obligación de saneamiento⁹³, la jurisprudencia «degenera» la reducción del precio, identificándola con los importes de reparación del bien, cuando, en cambio, ésta debe ser proporcional y calculada por expertos, a tenor expreso del artículo 1486 CC⁹⁴.

6.3 EL REMEDIO VOLUNTARIAMENTE GARANTISTA

Que la reparación y la sustitución del bien como obligación están conceptualmente lejos de la compraventa en los sistemas codificados, lo evidencia una importante sentencia de la *Cassazione a Sezione Unite*, que aclara y despeja cualquier duda en caso de que ellas sean aceptada voluntariamente por el comprador. Se establece que la oferta de reparar o sustituir el bien ofrecida por el vendedor, frente a la queja del comprador y aceptada por este último, es una tutela que no se enmarca en las acciones edilicias, aunque provenga de un defecto de la cosa. En este caso, el exacto cumplimiento que deriva de la aceptación por parte del comprador de la oferta del vendedor, no es otra cosa que una acción que queda sujeta, según el *Cassazione*, a los plazos ordinarios de prescripción relativos al incumplimiento general del contrato y no a los relativos

⁹⁰ BIANCA, *La vendita...* cit., p. 897.

⁹¹ También bajo el código italiano de 1865, la tesis excluyente de la acción de exacto cumplimiento prevalece. Estudia y resume atentamente el tema AMORTH: *vid.* AMORTH, «In tema di tutela del compratore: può chiedersi la sostituzione di una cosa viziata», *GI*, 1965, I, 1, pp. 328 y ss. con amplia bibliografía citada. Para las diferentes posiciones favorables o contrarias a la reparación y sustitución, se reenvía también a AGHINA, *op. cit.*, pp. 1133 y ss. Por la doctrina anterior al *Codice* de 1942: v. gr. GORLA, *op. cit.*, p. 65 (destacando como excepciones los casos en que la sustitución no se prevea por los usos comerciales p. 159).

⁹² En el derecho francés, tampoco puede pedirse la sustitución y la reparación, aunque se acepta por algunos autores. Cfr., LAURENT, *Principes de Droit civil français*, Paris, 1903, tomo XXIV, n. 291, AUBRY et RAU, *Cours de droit français*, 5.^a ed., 1922, tomo V, n. 355 bis, nota 14, HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Pichon, Paris, 1903, tomo X, n. 151.

⁹³ Es MORALES MORENO quien destaca brillantemente que saneamiento no debe interpretarse como una obligación, sino como una garantía, ya que es el acto de «afianzar o asegurar reparo o satisfacción del daño que puede sobrevenir», tal como matiza el *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* de 1851 (MORALES MORENO, «El alcance protector...» cit., pp. 679-681).

⁹⁴ Reenvío ampliamente a FERRANTE, *La reducción...* cit., pp. 151 y ss.

a las acciones edilicias. Se mantiene de esta forma, clara la línea de demarcación entre un tipo de tutela y otra, bajo la constatación de que la sustitución o reparación son obligaciones de *facere* y deben alejarse de la otra disciplina⁹⁵.

Ahora bien, el *Codice* –mediante su reestructuración de 1942– toma algunas de las problemáticas evidenciadas antes y hace suyas ciertas⁹⁶ propuestas expresadas en el proyecto franco-italiano de obligaciones y contratos, introduciendo un sistema de medios a favor del comprador, independiente de las acciones edilicias.

Por un lado, se ha intentado uniformar⁹⁷ la materia en relación con los vicios y defectos de calidad y el *aliud pro alio*⁹⁸, introduciendo la resolución⁹⁹ y reducción del precio¹⁰⁰ para las faltas de calidades prometidas¹⁰¹.

⁹⁵ Cass. Civ. SSUU, 13 de noviembre de 2012, n. 19702, en base de datos *Deiure*.

⁹⁶ La garantía de buen funcionamiento se preveía ya en el art. 374 del Proyecto de código franco-italiano de 1927, que esencialmente corresponde al primer párrafo del actual art. 1512 CCit., aunque con un plazo mayor: un año, en lugar de seis meses para el ejercicio de la acción. *Vid.* relación al *Projet de code des obligations et des contrats. Texte définitif approuvé à Paris octobre 1927*, versión bilingüe, Provveditorato Generale dello Stato, Roma, 1928, p. CXXXVI.

⁹⁷ Ya v. *gr.* RUBINO, *op. cit.*, p. 762.

⁹⁸ La diferencia que caracteriza a los vicios ocultos se relaciona más bien con la naturaleza del defecto. El vicio se relaciona con defectos relativos al proceso de producción y fabricación. Mientras que la *manca di qualità*, más bien alude a las diferencias de sustancia, de tejido, de color, relacionándose con los elementos sustanciales que sirven para distinguir el bien respecto a otro: *vid.* por ejemplo Cass. Civ., III.^a, 3.12.1970, n. 2544 (*MGC*, 1970, 1321); Cass. Civ., II.^a, 25.6.1980, n. 3992 (*MGC*, 1980, 1728). Sobre la diferencia entre *qualità*, *aliud pro alio* y vicios ocultos v. *gr.*: MANTOVANI, «I vizi redibitori nel contratto di compravendita», *Rassegna di Diritto Civile*, 2009, n. 1, pp. 58 y ss, *vid.* también MAZZALLA, «L'aliud pro alio», en BIN y LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, vol. XXXII, *wn Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, Cedam, Padova, 2003, pp. 287 y ss.

⁹⁹ Así, en el Derecho italiano, se diferencia expresamente la resolución «*per difetto delle qualità promesse*» ex art. 1497 CCit., de la acción redhibitoria. Aunque las dos posibilidades de resolución queden sujetas al mismo término de prescripción regulado por el art. 1495 CCit., la acción ex art. 1497 CCit. se relaciona con la culpa del sujeto, mientras que las acciones edilicias no, lo que conlleva la irrelevancia de que la falta de calidad sea o no reconocible por el vendedor. Por todas, Cass. Civ., II.^a, 24.5.2005, n. 10922 (*MGC*, 2005, 1161); Cass. Civ., II.^a, 21.1.2000, n. 639 (*MGC*, 2000, 102 y en *Contr.*, 2000, 903).

¹⁰⁰ Aunque no está prevista expresamente por el art. 1497 CCit, en estos casos se extiende también la reducción del precio mediante un enlace con la disciplina general del incumplimiento contractual (*vid.* Cass. Civ. III.^a, 10.1.1981, n. 247, *MGC*, 1981, 92). Este reenvío conlleva también la diferenciación de la intensidad de los vicios (cfr. art. 1455 CCit.), aplicándose para incumplimientos de escasa o menor importancia, aspecto que solo en parte se utiliza en los vicios redhibitorios (v. *gr.* ya Cass. Civ., II.^a, 15.2.1986, n. 914, *MGC*, 1986, 276; Cass. Civ., II.^a, 25.6.1980, n. 3992, *MGC*, 1980, 1728). Por la doctrina a favor de aplicación analógica de la disciplina de los vicios al supuesto fáctico de la ausencia de *qualità*: LUMINOSO, *La compravendita*, Giappichelli, Torino, 5.^a ed., 2006, p. 277.

¹⁰¹ *Vid.* art. 1497.1 CCit. Sobre el art. 1497 *vid.* v. *gr.* AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore. Artt. 1490-1499*, en *Commentario al Codice Civile*, diretto da Francesco Donato BUSNELLI, 2012, pp. 195 y ss.

Por otro lado, se introduce una ulterior garantía, la de «*buon funzionamento*»¹⁰² del bien, que, a diferencia¹⁰³ de las garantías legales edilicias, opera si es ofertada *sua sponte* por el vendedor o si no se ha pactado, cuando puede deducirse de los usos. Se crea así un medio que permite al juez ordenar que el vendedor repare o sustituya el bien.

De este modo, en el ordenamiento italiano la convivencia entre la progresiva ampliación del objeto contractual de la compraventa y el cumplimiento imperfecto encuentra solución, aunque de momento incompleta, puesto que se consigue introducir un medio que es solo voluntario u opera según los usos. Pese a ello, es valorable la introducción de un nuevo medio de tutela que sigue siendo una garantía –esta vez de sustituir o reparar el bien– y que complementa aquellas de las acciones edilicias. Este sistema es el que se consagra posteriormente con la llamada «garantía comercial» de la directiva 44/1999¹⁰⁴, aunque, como veré, no con la misma coherencia, pues la naturaleza de las acciones edilicia no será la misma.

VII. LA CONVENCION DE VIENA Y LA CREACION DE LA JERARQUIA REMEDIAL

Por lo visto hasta ahora, frente al incumplimiento, conviven dos sistemas, uno para el contrato en general y otro para la compraven-

¹⁰² Vid. art. 1512 CCit. Sobre el art. 1512 vid. v. gr. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili. artt. 1510-1536. Seconda edizione riveduta ed ampliata con il D. Lgs. 2 febbraio 2002, n.24, en Commentario al Codice Civile*, diretto da Francesco Donato BUSNELLI, 2004, pp. 165 y ss.

¹⁰³ Sobre la independencia de la garantía *ex art.* 1512 CCit respecto a los vicios edilicios y las faltas de calidades: Cass. Civ., III.^a, 17.9.1981, n. 5155, *Giust. civ. Mass.* 1981, fasc. 9, Cass. Civ., II.^a, 23.12.1991, n. 13869, *Giust. civ. Mass.* 1991, fasc. 12, *Nuova giur. civ. commentata*, 1993, I, 133, *Vita not.* 1992, 658.

Para la jurisprudencia, la garantía edilicia se diferencia de la garantía de buen funcionamiento porque la segunda solamente impone al comprador la carga de probar el mal funcionamiento del bien vendido. La primera –a la que el vendedor queda obligado aunque no sea culpable– impone además la carga de demostrar la existencia de un determinado vicio que hace que bien sea inidóneo para el uso al cual se ha destinado. En estos términos, Cass. Civ., II.^a, 16.6.1980, n. 3813, *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 6, cfr. también Cass. Civ. 17.5.1966, n. 1262, *GI*, 1967, I, 1, 422.

¹⁰⁴ A raíz de la implementación de la venta de bienes de consumo, parte de la doctrina se manifestó a favor de una reestructuración del sistema del Código Civil relativo a la compraventa: cfr. «*urgente armonizzare le norme interne sulla garanzia per i vizi e mancanza di qualità per difetto di conformità, estendendo la gran parte delle disposizioni europee a tutte le vendite e riservando solo poche di esse alle vendite di beni di consumo*»: LUMINOSO, «La vendita e i contratti di alienazione», *RDC*, n. 6, 2006, p. 324. Para su propuesta: LUMINOSO, «Appunti per l'attuazione delle direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita», *Contratto e Impresa Europa*, 2001, pp. 133 y ss. Vid. también LUMINOSO, «Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice alla direttiva 1999/44», *RDC*, n. 6, I, 2001, pp. 837 y ss.

ta, y ambos presentan asincronismos en cuanto al cumplimiento imperfecto o parcial. Hasta este momento, el sujeto no queda sometido a una precisa jerarquía de remedios, aunque para acudir a la resolución es clara la necesidad de que el incumplimiento sea esencial¹⁰⁵. El sistema descrito requiere de armonía y sistematización.

Aunque el Código Prusiano¹⁰⁶ inspira este proceso, es la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías la que juega un papel clave sistematizando y complementando los medios de tutela del acreedor, en este caso del comprador.

La *Loi Uniforme sur la Vente Internationale* (en adelante LUVI), predecesora de la CISG, dedica atención al cumplimiento, previendo la resolución del contrato o la reducción del precio y los daños y perjuicios (cfr. art. 46 LUVI). Sin embargo, esquivaba la problemática de la pretensión de cumplimiento perfecto en términos de reparación o sustitución del bien. En este contexto, debe destacarse que la sustitución –en su peculiar y específica modalidad prevista por el art. 25 LUVI– operaba como medio de auto tutela del comprador, excluyendo la acción judicial. Se trataba de un importante instrumento que encontraba apoyo en los arts. 25, 84 y 85 y que ha transmutado en los actuales artículos 75 y 76 CISG, pasando a enmarcarse en los daños y perjuicios¹⁰⁷.

La introducción por la Convención de Viena de un concepto amplio de incumplimiento, respaldado por la noción de falta de conformidad, que incluye el cumplimiento parcial, el defectuoso y el imperfecto, crea un sistema general de remedios contractuales

¹⁰⁵ También en el Proyecto franco-italiano de obligaciones de 1927 se mantiene esta postura tradicional. Para la resolución también se exigía que el incumplimiento no fuese de escasa importancia en proporción a la prestación prometida (arts. 47 y 48 Proyecto franco-italiano). Por el art. 47.2 Proyecto franco-italiano el juez puede dar, según las circunstancias, un plazo en favor del deudor para cumplir.

Una primera jerarquía se presenta también con el art. 46 de la *Loi Uniforme sur la Vente Internationale* o LUVI por el cual «el comprador que no ha obtenido la ejecución del contrato ni declarado su resolución, puede reducir el precio...».

¹⁰⁶ Es CALVO quien muy agudamente observa que es «el código prusiano de 1794 que, de la tradición romanística e inspirándose en el derecho natural atribuye al comprador, antes que todo, el derecho al exacto cumplimiento y en suborden la facultad de promover los remedios edilicios (§§ 325 y 326, I, 5, *Allgemeines Landrecht*). Esta disciplina constituye el modelo del Código civil austriaco de 1811 (§ 932) y fue sustancialmente abandonada en el *Code* francés, en el Código civil alemán de 1896 y en los códigos civiles post unitarios, para ser retomada por el art. 3 de la Directiva 44/1999 sobre las huellas del art. 46 CISG»: CALVO, «Dalla nozione mista di vizio all'art. 1519 ter CC», en BIN y LUMINOSO, VVAA, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, Vol. XXXII, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO, Cedam, Padova, 2003, p. 136.

¹⁰⁷ No puedo aquí analizar este aspecto, pero se destaca que este peculiar sistema remedial tiene su origen en el art. 68 del Código de Comercio italiano de 1882 (como observa ya BOCCHINI, *op. cit.*, p. 189), para luego incorporarse en los actuales arts. 1515 y 1516 del CCit. Así, se incluye en los arts. 25, 84 y 85 LUVI, para luego modificar totalmente su contexto en la CISG, ya que de un medio de ejecución forzosa viene a transformarse, en los actuales art. 75 y 76, en un remedio de otra naturaleza.

que consigue abarcar todas las posibles soluciones en las que el sujeto puede resguardarse.

Por un lado, se introducen expresamente la reparación y sustitución del bien, aunque de forma asimétrica, ya que para esta última se exige un incumplimiento esencial¹⁰⁸.

Por otro lado, queda zanjada la naturaleza de los remedios: todos son (¿o parecen ser?¹⁰⁹) obligaciones del vendedor, naciendo una precisa «obligación de entregar el bien conforme». En el artículo 35¹¹⁰ y en el artículo 45 CISG se enmarca una precisa obligación del vendedor que comporta el abandono del concepto garantista, propio de las acciones edilicias. Se introducen las obligaciones de reparar y sustituir y se desmantela totalmente el concepto de riesgo relacionado con la operación económica, que, respecto de los vicios ocultos, pasaba al comprador transcurrido un determinado plazo de caducidad.

Esta sistematización es la génesis del régimen jerárquico de los remedios contractuales: la transformación de las garantías edilicias y su fusión con otros medios de tutela justifica la necesidad de que se ordene de manera adecuada elección entre ellos (cfr. arts. 45 y ss.).

A pesar de que la doctrina constata que la duplicidad de acciones resolutoria-redhibitoria resulta, que éstas surgieron en momentos históricos distintos y que los intentos por conciliarlas parecen fracasados¹¹¹, es cierto que ello no se verifica en la Convención de Viena. En óptica nacional, el problema subsiste debido a la pervivencia de dos sistemas, el de la teoría general del contrato y el específico de la compraventa, lo que no sucede en la Convención de Viena. Por ello, este texto cumple su misión al tratar una única

¹⁰⁸ Aunque al tenor del art. 46 CISG, tanto la reparación como la sustitución del bien deberán formularse mediante una declaración específica en el plazo para la notificación de la falta de conformidad del art. 39 CV, «o dentro de un plazo razonable a partir de este momento».

¹⁰⁹ Para la doctrina, la Convención de Viena y la directiva 44/99 «están rompiendo (...) la exacta correspondencia entre pretensión de cumplimiento del acreedor y deber de prestación del deudor. La reparación y sustitución traspasan los límites estrictos del deber de prestación del deudor (...) la reparación puede imponer al vendedor un deber que no se corresponde con el contenido de su deber de prestación». MORALES MORENO, *La modernización...* cit., pp. 191 y 192. *Ídem* MORALES MORENO, «El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor», en AAVV, *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert: Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 261 y ss.

¹¹⁰ En este sentido nace, en la CISG y en el art. 35, un nuevo concepto de incumplimiento que la doctrina define como «unitario», que propone «integrar todas las manifestaciones del cumplimiento defectuoso por defectos materiales del objeto y unificar su régimen o sistema de remedios». En estos términos, MORALES MORENO, *La modernización...* cit., pp. 210 y 211. Parte de la doctrina destaca la influencia que la sección 14.3 de la *Sale of Goods Act* inglesa de 1979 ha tenido sobre el art. 35.2 lett. b y que posteriormente, ha influenciado también en la normativa de consumo italiana (cfr. CALVO, «Dalla nozione...» cit., p. 205).

¹¹¹ En este sentido RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 180.

tipología de contrato, sin la necesidad de conciliar el carácter general con el específico de la compraventa.

Todo tipo de problema interpretativo en relación con la tutela del comprador se resuelve en la Convención, que para estos efectos se toma como punto de referencia. Sin embargo, si en este texto la tutela del sujeto puede operar y fusionarse coherentemente, ello no sucede en los códigos nacionales (v. gr. Francia, España, Italia, Chile, Colombia), al coexistir dos sistemas febles: el del contrato en general y el de la compraventa.

La Convención de Viena toma partido y transforma la «visión garantista» de las acciones edilicias en la obligación de entregar un bien conforme. De esta manera, es que consigue amalgamar el todo. Esta transformación de las acciones edilicias en una obligación, crea una jerarquía de remedios que 1) puede ser influenciada por el comportamiento del sujeto: nace un *right to cure*; y 2) puede vincular las prestaciones con la conveniencia contractual: el sujeto se libera de la obligación si se demuestra que la operación es desproporcionada, excesivamente onerosa, etc., lo que no posible en caso de garantía.

La ampliación del concepto de incumplimiento y la transformación de la garantía en obligación marca profundamente el sistema, ya que asocia de manera directa las antiguas acciones edilicias y la culpa, así como esta última y la acción de cumplimiento imperfecto. Esta es la génesis de la posibilidad, por parte del vendedor, de excusarse en determinados casos, lo que indirectamente se transforma en un patrón para marcar la organización de los acuñados remedios.

Nace así una nueva jerarquía de remedios, que había transitado en la libre elección, en la tipificación de vicios o en plazos de caducidad que marcaban el traspaso del riesgo. El traspaso del riesgo frente a la presencia del vicio (*rectius* falta de conformidad) se desvanece y adopta ciertas consecuencias jurídicas ligadas a las conductas. Por un lado, el comprador asume un *onus* de comunicación propedéutico para no anular la tutela (*vid.* art. 39 CISG) y por otro, el antiguo deber de cumplir del vendedor, se transforma en un *right to cure*, expresión máxima de cooperación contractual, coherente con un comportamiento diligente y de buena fe (arts. 37 y 48 CISG). El hilo que sujeta esta conducta es el interés del acreedor, aunque también el comportamiento del deudor pasa a ser el *deus ex machina* que marca la jerarquía de los remedios.

Mediante la introducción de un concepto amplio de incumplimiento, entendido como falta de conformidad, la Convención de Viena permite que frente a un mismo incumplimiento procedan

múltiples medios de tutela que antes se movían en esferas diferentes. La garantía y la obligación se unen y fusionan, aunque debe tenerse claro que son dos aspectos diferentes. Si la obligación se relaciona con un incumplimiento culpable, la garantía siempre ha prescindido de la consideración de la culpa del deudor y ha operado como asunción del riesgo separada. Es en este contexto que la Convención de Viena le añade un ulterior aspecto conductual que transforma lo que anteriormente era una «obligación de cumplir», en un «derecho a cumplir», manifestado en el *right to cure*. Éste no es otra cosa que la (posible) exclusión de uno u otro remedio mediante una activación de conducta del mismo sujeto. Si antes el sistema garantista prescindía totalmente de la conducta, ésta ahora juega un papel clave y puede llegar a suprimir ciertos remedios.

Así, el *right to cure* se constituye como un mecanismo que restringe la libre elección de los remedios¹¹² y que contribuye a crear la doble definición de incumplimiento o cumplimiento. Es aquí donde viene a plantearse, aún más, la cuestión de si el cumplimiento es un derecho del acreedor o del deudor.

La creación y sistematización jerárquica de los remedios nace mediante un proceso que amplía progresivamente la tutela en favor de una gama más extensa de bienes, incluyendo los sustituibles y los reparables. Lo anterior, se justifica en la introducción de una obligación de entregar el bien conforme, o de una «obligación» que protege de la evicción (arts. 41 y 42 CISG), aspectos que desnaturalizan el concepto de garantía como compromiso negocial e indirectamente incorporan la relevancia de la conducta –en su aspecto más o menos culpabilístico– en la reparación, la sustitución y las acciones edilicias.

Este cambio crea un aspecto conductual que influye sobre la aplicación de los remedios y justifica un comportamiento del vendedor, que puede llegar a imponerse sobre el comprador, como sucede en los casos de cumplimiento anticipado o la rectificación de un cumplimiento defectuoso. Por el contrario, según la antigua concepción estos criterios no se discutían, ya que se trataba de meras garantías que operaban frente a la presencia de un vicio. La expresión máxima de este aspecto se verifica en las posibilidades de intercambio, que permiten reparar un bien en lugar de sustituirlo, si es más conveniente, o de aplicar un remedio proporcionado frente a otro desproporcionado¹¹³.

Si asumimos que las acciones de reducción del precio y la redhibitoria –fusionada ahora con la resolución por incumplimiento–

¹¹² FELTKAMP y VAN BOSSELLE, *op. cit.*, p. 892.

¹¹³ Por todos, cfr. art. 3 directiva n. 44/1999.

eran inicialmente garantías, y que la reparación y sustitución del bien han nacido frente a la necesidad de proveer una tutela activa en cumplimiento defectuosos o imperfectos (antes operativa solo por *exceptio*), se entiende que la estructuración de la Convención de Viena es perfectamente armónica¹¹⁴.

Además esta armonía parece no darse de la misma forma por los «sucesores» de la Convención de Viena, al introducir este sistema en otro difícilmente compatible.

Ahora bien, esta operación, aunque coherente y armoniosa, no conlleva necesariamente un resultado loable, pues parece contribuir a que el concepto de garantía, como tutela económico-jurídica para el comprador, termine por desvanecerse.

VIII. LA FUERZA EXPANSIVA DE LA CONVENCION DE VIENA

A continuación, analizaré brevemente la fuerza expansiva que este sistema ha ejercido, por un lado, mediante la directiva núm. 44/1999 y por otro, sobre los actuales textos que tienden a armonizar o unificar el derecho privado europeo.

8.1 LA ARCANA POSTURA DE LA DIRECTIVA NÚM. 44/1999

El sistema remedial instaurado para la compraventa internacional de bienes muebles en la Convención de Viena, viene a ser utilizado como modelo¹¹⁵ por la directiva núm. 44/1999, que regula la compraventa de bienes de consumo.

La directiva introduce una «obligación de entregar el bien conforme» (art. 2) y por ello, el vendedor «responderá» de la falta de conformidad del mismo. Sin embargo, al detallar los derechos del consumidor, la redacción se hace más neutral y el legislador comunitario no toma como punto de referencia al proveedor, sino que afirma concretamente que el consumidor «podrá exigir» o «tendrá

¹¹⁴ La doctrina destaca cómo «La CISG ha resuelto uno de los mayores problemas con los que se ha venido enfrentando la articulación de la responsabilidad contractual en los ordenamientos continentales inspirados en el sistema romano: el problema de las acciones»: MORALES MORENO, *La modernización...* cit., p. 210.

¹¹⁵ Sobre esta influencia v. gr. cfr. DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, «I problemi della attuazione della direttiva 1999/44/CE nei diritti nazionali», en VVAA, *L'attuazione della direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno nazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi. Padova. 14-15 settembre 2001*, Cedam, Padova, 2002, p. 261, BIANCA, «Artículo 3», en VVAA, *EU Sales Directive Commentary* (BIANCA y GRUNDMANN editors), Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002, p. 152.

derecho» a la reparación y sustitución del bien o a la reducción del precio y a la resolución de contrato cuando procedan (art. 3).

En este ámbito, las garantías edilicias parecen desvanecerse por completo, porque, en el texto de la directiva, la referencia a la «garantías» se realiza a instrumentos voluntariamente ofrecidos por el vendedor¹¹⁶. Por lo tanto, a pesar de que el título de la directiva («Sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo») parezca crear más expectativas, se queda estancado en la exclusiva referencia a este tipo de garantía convencional. En este sentido, la directiva 44/1999, no solo elimina cualquier referencia al origen de las acciones edilicias, sino que percibe estas «garantías» de una forma no tan coherente, pues al referirse a las mismas, utiliza la voz «debe», evocativa de una obligación (cfr. art. 6 directiva).

Frente a este panorama, la doctrina no consigue tomar una clara posición¹¹⁷ y se ha preocupado de valorar si la directiva –a pesar de su lenguaje– viene o no a concretar una modificación sustancial. Por ello, se divide en dos posturas totalmente antitéticas, por una parte, sosteniendo que se configura una verdadera obligación¹¹⁸ y por otra, sustentando que se mantiene una garantía¹¹⁹. En este último caso, se argumenta que la existencia de una verdadera obligación de entregar el bien conforme al contrato (al tenor del art. 2 de la directiva)¹²⁰, conllevaría la desaparición¹²¹ de las garantías edilicias, además de transformar la reparación y sustitución en remedios de exacto cumplimiento.

Este debate doctrinal tiene también evidentes repercusiones prácticas, por cuanto la incorporación de la directiva 44/1999, en

¹¹⁶ En este sentido, retoma la visión que ya se ha visto contenida en el art. 1512 CCit. Ya CALVO observaba cómo, a pesar del *nomen iuris*, la garantía de la directiva 44/1999 identifica la ofrecida por el vendedor o por el productor cfr. CALVO, «Dalla nozione...» cit., p. 158 y 159, nota 107. Destaca también que la garantía de la directiva es de naturaleza convencional: MAZZAMUTO, «La nuova direttiva sui diritti del consumatore», *Europa e Diritto Privato*, n. 4, 2011, p. 905.

¹¹⁷ Parece cambiar su opinión AMADIO: cfr. AMADIO, «La conformità al contratto tra garanzia e responsabilità», *Contratto Impresa. Europa*, n. 1, 2001, pp. 2 y ss., AMADIO, «Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche», *RDC*, n. 6, I, 2001, pp. 879 y 895 y ss.

¹¹⁸ DE CRISTOFARO, *Difetti di conformità e diritti del consumatore*, Cedam, Padova, 2000, pp. 53 y ss. y pp. 256 y ss., DI MAJO, «Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo», *Europa e Diritto Privato*, n. 1 2001, pp. 6 y ss., p. 8, nota 12.

¹¹⁹ Es esta la postura de LUMINOSO, por lo menos para los defectos anteriores al traspaso de propiedad del bien: LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione*, pp. 99 y ss., LUMINOSO, «Chiose in chiaroscuro in margine al decreto legislativo núm. 24 del 2002», en BIN, M., y LUMINOSO, A., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, Vol. XXXII, In Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2003, p. 25.

¹²⁰ Esto crearía una nueva «obligación de conformidad». En estos términos LUMINOSO, «La responsabilità del venditore...» cit., pp. 369 y 370.

¹²¹ CALVO habla de «congedo» de estas garantías. Con referencias de doctrina alemana cfr. CALVO, «Dalla nozione...» cit., pp. 153 y 157.

algunos ordenamientos¹²² parece reestructurar el sistema en torno a la categoría de la obligación, mientras que en otros, como el austriaco, se mantiene la antigua concepción romana, calificando el compromiso del vendedor de «asegurar» la conformidad, en términos de «prestar la garantía que el bien sea conforme al contrato»¹²³. Del mismo modo, el ordenamiento francés evidencia, al incorporar la directiva, una expresa garantía legal de conformidad, aunque su contenido parezca desmentirlo al afirmar que «*le vendeur est tenu de livrer un bien conforme*»¹²⁴.

En suma, la incorporación de los remedios edilicios y los de reparación y sustitución se produce de una manera incoherente y heterogénea en los ordenamientos nacionales, contrariamente a lo que sucedió con la Convención de Viena. Por ello, queda abierta a debate la cuestión de si la directiva 44/1999 ha producido, o no, una «atracción¹²⁵» de la garantía edilicia en el ámbito de la obligación.

8.2 LA INFLUENCIA SOBRE LOS OTROS TEXTOS

La influencia del sistema remedial consolidado con la Convención de Viena se ha dirigido hacia dos tipos de textos de unificación y reforma: uno que abarca solo la compraventa o contratos similares y otro que generaliza estos remedios a cualquier tipo de contrato.

Del análisis de ambos casos, surge un aspecto sobre el cual cabe hacer hincapié. Al extender el sistema remedial a cualquier contrato, se enmarcan los remedios relativos a la prestación defectuosa como una violación de la obligación¹²⁶, lo que comporta la posibili-

¹²² La referencia es al ordenamiento italiano: *vid.* arts. 129 y 130 *Codice di Consumo*.

¹²³ *Vid.* Sec. 922, abs 1, ABGB austriaco; como destaca oportunamente MAZZAMUTO, *Il contratto...* cit., p. 322.

¹²⁴ L 211-4 de su Código de consumo: «*Garantie Légale de conformité*»: «*Le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance*.

Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité.» También el Código de consumo italiano se decanta por una garantía legal de conformidad, en contraposición a la convencional del vendedor o del productor: *vid.* arts. 128 y ss. *Codice di Consumo*.

¹²⁵ La expresión es de BIANCA, «L'obbligazione nelle prospettive di codificazione europea e di riforma civile», *RDC*, n. 6, 2006, p. 61.

¹²⁶ *Vid.* III-3:101 y III-3:201 DCFR, art. 8:101 PECL. También los *Acquis Principles* asocian los remedios a una «*no-performance of the obligation*». Sin embargo, en parte, modifican la naturaleza de la reducción del precio, asociándola estrictamente con una forma de resolución parcial. *Vid.* art. 8:301 *Acquis Principles*. Sobre el punto: *vid.* ZOLL, «The remedies for non-performance», en SCHULZE (Ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, GmbH, Munich, 2008, pp. 197 y ss., (en este mismo texto a pp. 311 y ss.; véase también el comentario oficial del art. 8:301 al cual se remite).

dad de exigir el cumplimiento específico expresamente definido como tal¹²⁷. Sin embargo, debe observarse que los redactores de estos textos, al hablar de la resolución y de la reducción, omiten la referencia a la obligación y utilizan fórmulas más neutrales que no aluden a la obligación del deudor, sino que al derecho del acreedor, quien «puede» resolver el contrato¹²⁸ o reducir el precio¹²⁹. Esto, en parte, parecería dejar abierta la interpretación de estos últimos dos remedios y su eventual aspecto garantista. No obstante, esta posibilidad tiende a desvanecerse en el DCFR, el cual, al retomar el sistema remedial para el específico contrato de compraventa, presenta dos particularidades: *a*) aunque la obligación de entrega del bien omite la palabra conforme (IV. A-3:101)¹³⁰, se prevé, a propósito de la resolución, un reenvío expreso a la normativa para el contrato general (*vid.* IV. A-4:201 DCFR¹³¹) y *b*) se asume un concepto de garantía –la comercial– fiel a la directiva 44/1999¹³².

También la Propuesta de reglamento sobre compraventa europea parece asumir una postura similar, ya que delinea una específica «obligación» del vendedor que genera tanto la posibilidad de reparar o sustituir el bien, como la de reducir el precio o resolver el contrato¹³³. Así, es clara la asociación de la reducción del precio con la actividad del vendedor y su cumplimiento, en cuanto dicha acción procede cuando el comprador ha aceptado el «cumplimiento no conforme¹³⁴», ampliándose también al caso de la prestación del servicio¹³⁵.

¹²⁷ *Vid.* III.-3:302 DCFR, art. 9:102 PECL. Es importante que los mismos comentarios oficiales de los PECL, a la hora de traducir la palabra *specific performance* como «cumplimiento en forma específica», matizan y afirman que esta es «denominada también ejecución en natura. En otras ocasiones, los autores se refieren a la pretensión de cumplimiento o a la acción de cumplimiento en forma específica»: LANDO, BEALE (eds.), *Principios de derecho contractual europeo: Partes I y II*, edición española a cargo de: BARRÉS BENLLOCH, EMBID IRUJO, MARTÍNEZ SANZ, Madrid: Colegios Notariales de España, 2003, p. 579, nota n. 1.

¹²⁸ *Vid.* III.-3:501 DCFR, art. 9:301 PECL.

¹²⁹ *Vid.* III.-3:601 DCFR, art. 9:401 DCFR.

¹³⁰ Confirma este aspecto el comentario oficial letra e) del IV. A-2:101 DCFR, que afirma que la entrega debe ser «conforme»: STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, II (III.-5:101-IV. C.-8.111), edited by Christian VON BAR, Eric CLIVE, Sellier, Munich, 2009, p. 1254.

¹³¹ El comentario oficial de este artículo, en su letra B, señala que se aplicará la reducción del precio en los términos generales del libro III. *Vid.* STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definition...* cit., II, p. 1341.

¹³² Este aspecto voluntarista se destaca en el comentario oficial art. IV. A.-6:101 DCFR, en su letra C, STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definition...* cit., II, p. 1391.

¹³³ *Vid.* art. 106 anexo I, CELS, art. 123 ELI P.

¹³⁴ *Vid.* art. 120 anexo I, CELS, art. 135 ELI P.

¹³⁵ *Vid.* arts. 155 y 157 anexo I CELS.

Hasta aquí, por lo tanto, parece que el aspecto garantista de la reducción del precio y la resolución contractual ha sido derrumbado y viene a ser totalmente dependiente de la infracción de la obligación del vendedor, cual es, la de entregar el bien conforme.

Distinto es el caso de la reciente Propuesta de Código Mercantil español¹³⁶. Aquí, al tratar la compraventa, aunque se acepte un concepto amplio de conformidad del bien (art. 511-2 Propuesta), el texto se preocupa de identificar que, a falta de dicha entrega, el vendedor será «responsable de cualesquiera faltas de conformidad del bien» (art. 511-9). En este sentido, se proyecta un concepto de responsabilidad más amplio, que retoma el amplio concepto de garantía «edilicia» y determina el rol del vendedor en cuanto garante y no obligado.

Este sesgo garantista puede abarcar también la reparación y sustitución del bien. En efecto, ciertos proyectos –como muestra y defiende el proyecto Gandolfi– permiten que la entrega no conforme sea compatible con un mecanismo que convierte estos remedios en verdaderas garantías, volviendo a ser coherente con la génesis del sistema, transformando la garantía de buen funcionamiento de facultativa a obligatoria¹³⁷.

Por lo tanto, aunque pareciera que *alea iacta est*, la solución no es unánime y sigue abierta a debate también en este campo.

IX. LA DICOTOMÍA ENTRE LA OBLIGACIÓN Y LA GARANTÍA

Debe asumirse que obligación y garantía juegan papeles y conllevan consecuencias jurídicas disímiles. Aunque su titularidad pueda coincidir en un mismo sujeto –como se da en la compraventa– debe quedar claro que garante y deudor son figuras indepen-

¹³⁶ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Propuesta de Código mercantil*, Madrid, 2013. Para un primer análisis *vid.* el interesante estudio crítico de María Paz GARCÍA RUBIO, «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Civil*, n. 1, 2014, pp. 7 y ss., disponible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/46/27>, fecha última consulta 24 de marzo 2015, más ampliamente María Ángeles PARRA LUCÁN, «La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del Derecho privado», *Europa e Diritto Privato* n. 3/2014, pp. 897-925. En cambio, la Propuesta española para la modernización de obligaciones y contratos tiende a salvaguardar un concepto amplio de incumplimiento, dentro del cual podrían incluirse los aspectos garantistas. Este es más amplio que la simple violación de la obligación, pues no solo se refiere a no realizar la prestación principal, sino que incluye el incumplimiento de cualquier otro deber que resulte de la relación obligatoria (cfr. art. 1188 y 1190 PMCC). No obstante, el texto es cercano a la tradición española y predispone una obligación de entregar el bien conforme con el contrato, a la cual asocia el sistema remedial fiel a la Convención de Viena (cfr. arts. 1445 y 1482 PMCC).

¹³⁷ *Vid.* arts. 187, 196.2, 199, 207 P. GANDOLFI.

dientes, como sucede en muchas garantías personales y reales. Si el deudor debe necesariamente cumplir como consecuencia de la prestación, ello no es así respecto del garante, en que «la única prestación debida por el garante es posterior y eventual y corresponde al efecto de la garantía»¹³⁸. Y si en ambos casos se genera responsabilidad para el sujeto, ella obedece a premisas diferentes. Se distingue entre obligación como cumplimiento relacionado con una conducta y garantía como asunción del riesgo, aspecto que, aunque está conectado con el primero, goza de una cierta autonomía.

Si se asume que la «obligación es deber de observar un comportamiento para satisfacer un interés concreto del acreedor»¹³⁹ y en este caso, la deuda «consiste en realizar en favor de otra persona, el acreedor, una conducta de prestación»¹⁴⁰, desde este punto de vista, el requisito para que operen los mecanismos remediales es la infracción de la obligación.

Ahora bien, debe analizarse si esta violación se relaciona con la culpa del deudor y con su conducta. Indudablemente la obligación se vincula con la culpa del deudor, pero no del todo. Esto se debe a que no necesariamente un comportamiento diligente –y por tanto, no culpable según un patrón de diligencia ordinaria– exime¹⁴¹, pero sí que siempre la negligencia conlleva la responsabilidad¹⁴². Ahora bien, un concepto amplio¹⁴³ de incumplimiento contractual, incluso

¹³⁸ En estos claros y agudos términos Maggiolo que evidencia además que «*il garantito non ha pretesa a una esecuzione proprio perché «il garante non è tenuto a eseguire una prestazione»*: MAGGIOLO, «La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull'ibrido teorico dell'obbligazione senza prestazione», *Obligatio-obbligazione, un confronto interdisciplinare* a cura di Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI Maria Flavia CURSI, Jovene, Napoli, 2011, p. 93 y también nota n. 21.

¹³⁹ En las palabras de ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972, p. 35.

¹⁴⁰ Así expresamente DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, «El contenido...» cit., p. 361.

¹⁴¹ Ya que en determinadas circunstancias se exige un patrón superior al normal, estándar que normalmente se fija, como observa la doctrina, en la imposibilidad subjetiva ligada al buen padre de familia: cfr. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 23.

¹⁴² Es útil aquí hacer referencia al concepto de culpa obligacional de Badosa Coll, conectado también con la buena fe: «el concepto de culpa jurídicamente relevante en el ámbito de las obligaciones, se compone de dos elementos, que hemos tomado de los art. 1104 y 1107.1, respectivamente. Uno objetivo, consistente en la infracción imputable al deudor de la diligencia jurídicamente exigible en la obligación de que se trate, entendiéndose diligencia como actividad personal que incumple el deudor en calidad de carga. Otro subjetivo, que es la buena fe considerada negativamente como ausencia de voluntad de infringir la obligación contraída o que constituye la negación de dolo (...) así definimos la culpa obligacional como la omisión o infracción imputable al deudor de la diligencia jurídicamente exigible (art. 1104 CC) existiendo buena fe por su parte (1107.1 CC) (...) la mera ausencia de diligencia, carece de toda significación jurídica específica si no está apoyada en la buena fe, porque si se funda en el dolo, la absorbe la voluntad infractora y si en el caso fortuito, la elimina la falta de imputabilidad subjetiva»: Badosa Coll, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Bologna, 1987, p. 726.

¹⁴³ Como por ejemplo se da en el proyecto de la Cancillería francesa. Aquí, el concepto amplio de incumplimiento tiene lugar cuando el compromiso contractual no ha sido

objetivo, genera la responsabilidad del sujeto, pero ésta puede prescindir de la obligación que se ha asumido y relacionarse con la garantía: nace así una responsabilidad que deriva exclusivamente de la garantía y que prescinde de la conducta del individuo, aspecto este último que, en cambio, es fundamental en la obligación¹⁴⁴.

En consecuencia, la premisa y presupuesto para la existencia de una garantía es la obligación, pero no su violación. En este sentido «la garantía viene a ser un efecto del contrato diferente de la obligación», que implica «la asunción del riesgo relativo a la no satisfacción del interés de la contraparte»¹⁴⁵», el acreedor. Mediante este mecanismo se consigue focalizar el concepto de incumplimiento en el interés del acreedor, salvaguardando la separación entre obligación y garantía. Y debe tenerse claro, como ha atentamente observado la doctrina, que el saneamiento «no presupone el incumplimiento de una obligación de la prestación; es tan solo una forma de designar a un tipo de responsabilidad, fundada en la mera existencia de vicio»¹⁴⁶. En este sentido «la garantía es una hipótesis de responsabilidad especial que se funda no sobre el incumplimiento de una obligación sino sobre la imperfecta actuación de la atribución traslativa del bien»¹⁴⁷.

cumplido o lo ha sido imperfectamente. No se alude a la culpa del deudor, de tal manera que éste solo dejará de responder cuando exista una causa que le exonera de toda responsabilidad. Como destaca CABANILLAS SÁNCHEZ, «La reforma del Derecho de los contratos en Francia», *ADC*, n. 4, 2012, p. 1785.

¹⁴⁴ Debe aquí recordarse que, para la doctrina, la obligación es por su naturaleza un deber de conducta y tiene como objeto la prestación del deudor, es decir, una actividad dirigida a satisfacer el interés del acreedor: cfr. BRECCIA, *Le Obligazioni*, en *Trattato di Diritto Privato* diretto da IUDICA y ZATTI, Giuffrè, Milano, 1991, p. 134, ya NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, II, Giuffrè, Milano, 1967, p. 65, GIORGIANNI, «Obbligazione (Diritto Privato)», *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Giappichelli, Torino, XI, 1965, pp. 598 y ss.; RESCIGNO, *Obbligazioni (Diritto Privato)*, *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 184. Interesante es el matiz que se destaca en ámbito contractual entre «estar obligado» y «ser responsable»: Enrique BARROS BOURIE, «La diferencia entre estar obligado y ser responsable en el derecho de los contratos», en VVAA, *EEstudios de Derecho Civil II. Jornadas nacionales de Derecho Civil*, *Olmué*, 2006 (Hernán CORRAL TALCIANI y María Sara RODRÍGUEZ PINTO coordinadores), Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2007, pp. 721-752.

¹⁴⁵ MAZZAMUTO, *Il contratto...* cit., p. 331.

¹⁴⁶ MORALES MORENO, «El alcance protector...» cit., p. 680; *contra* BERCOVITZ que habla de confusión entre el supuesto del art. 1484 CC y el incumplimiento contractual del art. 1124 CC: BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, «La naturaleza...» cit., pp. 809 y ss., en particular pp. 811 y 816 y ss.

¹⁴⁷ Es clarificadora la explicación de LUMINOSO, «Chiose in chiaroscuro...» cit., p. 97. En términos más extensos sobre el momento de considerar el estado defectuoso del bien: *vid.* MORALES MORENO, «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de las cosas», *ADC*, n. 1, 2012, pp. 13 y ss. Para un atento análisis sobre el efecto traslativo en la compraventa con un perfil comparado, panorámica fundamental es VVAA, *Vendita e trasferimento de la proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Convegno Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990*, a cura di L. VACCA, II, Giuffrè, Milano, 1991. En relación con el tema en estudio, particularmente Luciana CABELLA PISU, «Garanzia e responsabilità», en *op. ult. cit.*, II, pp. 757-770.

Por lo tanto, es preciso asumir dos nociones de responsabilidad, ligadas a un único y amplio concepto de incumplimiento que, en todo caso, tiene en consideración el interés del acreedor, pero que opera de forma diferente cuando toma forma de obligación o de garantía. La garantía se relaciona con la responsabilidad, pero se desvincula totalmente de la eximente relativa a la conducta. Por lo tanto, «es la institución de la garantía que debe permanecer conectada con la imposibilidad lógica y jurídica de imputar el vicio o la ausencia de cualidad del bien a la conducta del vendedor»¹⁴⁸. Por ello, cabe interrogarse también¹⁴⁹ si la reparación y la sustitución frente a una falta de conformidad, deben operar como obligaciones de exacto cumplimiento o más bien, como garantías.

En este sentido, sí que el cumplimiento defectuoso o no conforme prescinde de la culpa¹⁵⁰ e incluso la acción de daños y perjuicios podría resultar ajena a este patrón, contra la tradicional visión continental¹⁵¹. El cumplimiento defectuoso, por lo tanto, ceba dentro de su concepto un aspecto garantista que obvia la conducta del sujeto, independiente de que pueda relacionarse con un comportamiento diligente o culpable, ya que, como destaca la doctrina¹⁵², a las garantías no puede aplicarse la prueba liberatoria. La única eximente será la inexistencia de la falta de conformidad o del vicio, objetivamente analizada. Un ejemplo significativo de que la entrega de un bien conforme queda desvinculada de la conducta del vendedor es la acción de regreso que éste tiene frente al productor, siempre que no haya incurrido en dolo (v. gr. art. 4 directiva 44/1999).

¹⁴⁸ MAZZAMUTO, *Il contratto...* cit., p. 333.

¹⁴⁹ No hay dudas sobre la función de las acciones edilicias, debiéndose compartir la doctrina que, al referirse a la reducción del precio y resolución en el Código civil español, afirma que «no hay ninguna base para entender que el código por hablar de obligación de saneamiento impone al vendedor el deber (imposible) de entregar la cosa sin vicio» (MORALES MORENO, «El alcance protector...» cit., p. 680).

¹⁵⁰ En este sentido también se pronuncia la doctrina chilena y latinoamericana plasmada en el borrador de los Principios latinoamericanos de derecho de contratos. Vid. VVAA, *El Derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los contratos*, coordinador Carlos PIZARRO WILSON, Fundación Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, publicación editada también por Universidad del Rosario y Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012. Sin embargo, aunque se quiere diferenciar entre obligación de medio y resultado, más bien debería tomarse conciencia de que el nuevo concepto de incumplimiento nace de una mezcla de obligación y garantía: cfr. VIDAL OLIVARES, «La pretensión de cumplimiento específico y la responsabilidad por incumplimiento. Un intento de sistematización del remedio en el Código Civil», en PIZARRO WILSON, VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 286; también PIZARRO WILSON, «La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia» en PIZARRO WILSON, VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 395.

¹⁵¹ Por esto, la directiva 44/1999 cuidadosamente omite pronunciarse sobre los daños y perjuicios, limitándose a afirmar que se salvaguardan los demás derechos que, en el derecho interno, el comprador tenga (vid. art. 8).

¹⁵² Lo destaca la doctrina italiana con referencia al art. 1218 CCit: BRECCIA, *op. cit.* p. 155.

Mediante el sistema operado por la Convención de Viena, el binomio garantía/riesgo se transforma en obligación, aunque quiera relacionarse con un patrón objetivo como la falta de conformidad. Esta pseudo-transformación requiere adecuar el patrón con la conducta, llegando a convertir un deber, en un eventual derecho (*right to cure*). Sin embargo, no debe perderse de vista que el incumplimiento se relaciona no solo con la inexecución de una obligación, sino con una actuación imperfecta del compromiso negocial, que, en la compraventa, no es otra cosa que la defectuosa actuación en el intercambio¹⁵³.

En la configuración de la obligación del vendedor no hay espacios para imputar la prestación defectuosa¹⁵⁴, salvo mala fe o dolo, ya que esta situación prescinde totalmente de su actividad. Por ende, poco importa si los remedios y la supuesta obligación del vendedor se encuentran ubicados en la fase ejecutiva del contrato¹⁵⁵.

X. LA OBLIGACIÓN Y LA GARANTÍA: DIFERENTE ALCANCE DE LA TUTELA EN FAVOR DEL ACREEDOR

De acuerdo con lo afirmado en el epígrafe anterior, se percibe una doble vertiente interpretativa sobre el derecho a reparar o sustituir el bien defectuoso o, más en general, sobre el derecho que derive de una obligación o proceda de una garantía. Asumir una u otra perspectiva significa atribuir a estos remedios –y también a los de reducción del precio y resolución del contrato– una función diferente.

Como destaca la doctrina¹⁵⁶, si se asume que estos derechos de reparación o sustitución tienen fundamento en el quebrantamiento de la obligación contractual, lo que se está predisponiendo es una tutela satisfactoria del sujeto que busca un preciso resultado: la coacción al cumplimiento. En este sentido, reparación y sustitución se identificarán como acciones de exacto cumplimiento¹⁵⁷.

Por el contrario, si se asume un concepto garantista, la tutela en favor del sujeto será restitutoria y su finalidad será la eliminación de la inobservancia de la *lex contractus* mediante el reequilibrio sinalagmático¹⁵⁸. Es, en este sentido, que dichos remedios serán

¹⁵³ Como constata atentamente MAGGIOLO, «La distinzione...» cit., p. 91.

¹⁵⁴ Compartimos las palabras de MAZZAMUTO, *Il contratto...* cit., p. 333.

¹⁵⁵ Cfr v. gr. art. 3 Directiva 44/1999, III.-1:102 (3) DCFR.

¹⁵⁶ Ya MAZZAMUTO ha puesto atención en este aspecto: MAZZAMUTO, *Il contratto...* cit., p. 327.

¹⁵⁷ A favor de esta postura DI MAJO, «Garanzia e inadempimento...» cit., p. 7.

¹⁵⁸ Así MAZZAMUTO, *Il contratto...* cit., pp. 328 y 334; en el mismo sentido LUMINOSO, «La responsabilità del venditore...» cit., pp. 395 y 396.

restitutorios y se orientarán a restaurar el (correcto) resultado traslativo, para que sea conforme al que se prometió¹⁵⁹.

Los remedios de reparación y sustitución se podrían relacionar con el cumplimiento, solo si consiguiéramos configurar respecto del vendedor una obligación de conformidad¹⁶⁰, aspecto que para la mayoría de los bienes pesa sobre el fabricante ya que es éste el sujeto que controla el proceso productivo del bien. Si no fuera así, el concepto de obligación terminaría por incluir un deber que el vendedor tiene que verificar, mediante algo que no ha dependido necesariamente de su conducta. Aquí por lo tanto la imperfecta realización del efecto traslativo del bien que se manifiesta en la garantía¹⁶¹, y que responde a la satisfacción del interés del comprador, podría manifestarse mediante una responsabilidad especial¹⁶², al margen de la eventual acción de regreso frente al productor.

Independientemente de la elección que el lector o el legislador quieran adoptar, es necesario que la postura sea clara, unívoca y coherente. Asumir que la reparación o sustitución del bien se relacionan con una obligación o una garantía es fundamental, ya que significa admitir una tutela jurídica totalmente diferente, en su función y su contenido. Obligación y garantía generan responsabilidad, pero con alcances distintos. Así, aunque se opte por un criterio amplio de incumplimiento (cumplimiento como interés del acreedor), debe distinguirse si la responsabilidad que se genera deriva de una garantía o de obligación.

En cuanto a la sustitución y reparación del bien, es oportuno matizar que podría explorarse una doble perspectiva. He afirmado que los efectos restitutorios de la reparación y sustitución, apuntan a restaurar el efecto traslativo que no se ha verificado correctamente a raíz de que el bien no poseía las características pactadas. Pero es fundamental, como ya destacó Luminoso¹⁶³, distinguir si se trata de vicios anteriores o posteriores al efecto traslativo¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Siguiendo a LUMINOSO, «Chiose in chiaroscuro...» cit., p. 37; LUMINOSO, «La responsabilità del venditore...» cit., p. 415.

¹⁶⁰ Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto...* cit., p. 334.

¹⁶¹ Estos son los razonamientos de LUMINOSO, «Chiose in chiaroscuro...» cit., p. 97.

¹⁶² Esta es la «responsabilidad especial objetiva de riesgo» de la cual hablaba MORALES MORENO al referirse al vendedor: MORALES MORENO, «El alcance protector...» cit., p. 682.

¹⁶³ Como advierte LUMINOSO, «La responsabilità del venditore...» cit., p. 415.

¹⁶⁴ Esto permite aplicar lo afirmado para la compraventa real o consensual. Es menester destacar que textos como la LUVI, CISG, directiva 44/1999 y otros, ofreciendo una solución en parte salomónica, incluyen ambas posibilidades, ya que se define la compraventa como «todo contrato en virtud del cual el comerciante («el vendedor») transfiere o se compromete a transferir a otra persona («el comprador») la propiedad de los bienes, y el comprador paga o se compromete a pagar su precio», art. 2 (K) CELS, al cual corresponde el art. 2.1 (a) ELI P. Solo la definición del DFCR parecería abrazar un concepto de compraventa claramente consensual (IV-A.-1:202 DCFR).

En vicios cuyo origen es anterior al traspaso de la propiedad, el efecto sería indudablemente garantista y en rigor no se podría hablar de acción de exacto cumplimiento. La única hipótesis de excepción se da si el vendedor es el mismo fabricante, pues ha intervenido en la elaboración del objeto contractual, influyendo sobre sus características, con precisas obligaciones en la fase de manufactura del producto.

La problemática, entonces, queda abierta en faltas de conformidad posteriores a la transferencia de la propiedad y aquí cabe la posibilidad de enmarcarlas en una operación obligacional¹⁶⁵, ya que el resultado puede depender de un comportamiento. Para estos vicios sí que podría hablarse de una sustitución y una reparación relacionadas con una imperfecta conducta del sujeto, y enmarcar con claridad una acción de exacto cumplimiento: es el caso de un defecto de instalación del bien. Este ejemplo no lo proporciono al azar, sino porque me permite analizar un concreto aspecto tratado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁶⁶.

La directiva 44/1999 establece una jerarquización entre los remedios de reparación y sustitución, en función de la desproporción que puede producirse entre ellos (art. 3.3). Específicamente, afirma que ambos deben ser «sin cargo alguno» o sin inconvenientes mayores para el comprador (art. 3.2-3.4), es decir, verificados de manera gratuita, como se ha dejado expresamente claro en caso de la sustitución¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Obligada es la referencia a LUMINOSO, «La responsabilità del venditore...» cit., pp. 416 y 417.

¹⁶⁶ STJUE (Sala Primera) de 16 de junio de 2011 (Asuntos acumulados C-65/09 y C-87/09: peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesgerichtshof, Amtsgericht Schorndorf – Alemania) – Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer (C-65/09), Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH (C-87/09), publicado en DOUE, 17.6.2011, C226/2. Para un comentario a la sentencia: MARÍN LÓPEZ, «Sustitución de un bien no conforme: ¿quién asume el coste de retirada del bien y de instalación del bien de sustitución?», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 9, 2013, pp. 87 y ss.; GARCÍA RUBIO, «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (Comentario a la STJUE de 16 de junio, en los asuntos acumulados Weber y Putz)», *ADC*, n. 1, 2013, pp. 323 y ss.; FENOY PICÓN, «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *ADC*, n. 2, 2013, pp. 797 y ss.

¹⁶⁷ En el sentido de que el vendedor no puede exigir el valor de uso que se hubiese hecho del bien no conforme, en caso de sustitución: STJUE 17.4.2008 (sala 1.ª, Asunto C-404/06), llamada sentencia *Quelle* en DOUE 17 de abril 2008. Aquí, a casi dos años de la compraventa de una cocina, se pide, descubriendo una falta de conformidad de la misma, la sustitución. El vendedor exige, en virtud del § 439 n. 4 BGB, un reembolso en dinero por la utilización del bien, cuando, en cambio, la directiva 1999/44 prevé que la sustitución del bien debe realizarse «sin gastos». Para un comentario de esta sentencia se reenvía a v. gr. PIGNARRE, «A propos de la gratuité du remplacement d'un bien non conforme», *Recueil Dalloz*, 2008, n. 37, pp. 2631 y ss.; ROTT, P., «The *Quelle* case and the potencial of and limitations to interpretation in the light of the relevant Directive», *ERPL*, 2008, n. 6, pp. 1119 y ss.; CAPILLI, G., «La direttiva sulla vendita dei beni di consumo al vaglio della Corte di Giustizia», *Contr.*, 2008, n. 7, pp. 734 y ss.; DE FRANCESCHI, A., «La sostituzione del bene non conforme al contratto di vendita (a proposito di C. Giust. CC, 17 aprile 2008,

Ahora bien, asumiendo esta gratuidad¹⁶⁸, debe examinarse hasta dónde llega su contenido y si este puede o no verse limitado por la desproporción a la cual se acaba de hacer referencia.

La gratuidad de la operación implica que el vendedor no solo deba asumir el coste del objeto defectuoso, sino cualquier otro tipo de gastos, como los de su retirada y el nuevo montaje. Debe evaluarse cómo se interpretan estos gastos indirectos, los que tal vez han de incorporarse en el concepto de daño¹⁶⁹. La gratuidad de toda la operación parecería ser la solución más apropiada ya que, si asumimos que la instalación es parte de la conformidad del bien, ésta integra el remedio tutelado (*v. gr.* la sustitución) que, con un concepto amplio, cubrirá todos los costes necesarios para darse la tutela efectiva solicitada.

No obstante, el vendedor podría soslayar este remedio si consigue demostrar que es desproporcionado frente a otro (art. 3.3 de la directiva 44/1999). En efecto, si el sujeto acreditara que el importe efectivo de los gastos –globalmente considerados– es desproporcionado frente a la otra operación (por ejemplo, los gastos de la sustitución frente a los de reparación), podría liberarse del remedio, al tenor del art. 3.3 de la directiva.

Sin embargo, esta operación podría verse más o menos limitada, dependiendo de si se asume un concepto absoluto o relativo de desproporción entre la sustitución y la reparación.

Esto es posible porque a la hora de incorporarse la directiva comunitaria, no solo se ha adoptado el criterio de proporcionalidad relativa¹⁷⁰ entre estos dos remedios, sino que se ha ampliado a una desproporción en un sentido global o absoluto, es decir, intrínsecamente considerada. En este sentido, si se abrazara una noción más amplia de desproporción absoluta –como hace el derecho alemán (*vid.* § 439 n. 3 BGB¹⁷¹)– el vendedor que consiguiera demostrar

C-404/06», *RDC*, 2009, n. 5, II, pp. 559 y ss.; FENOY PICÓN, «La compraventa del Texto Refundido...» cit., p. 796.

¹⁶⁸ Gratuidad asumida en el ordenamiento español y con carácter general en recientes textos jurídicos *v. gr.* art. 112.2 Anexo I CELS, art. 134.1 ELI P; III.-3:205 DCFR. En España, la gratuidad de la reparación y sustitución del bien en la venta de bienes de consumo, se manifiesta también en el art. 120 RD 1/2007, que ya adopta una solución coherente con la postura asumida por STJUE (Sala Primera) de 16 de junio de 2011. Por lo tanto, no habría necesidad de reforma después de este pronunciamiento. Sin embargo, en virtud de la futura incorporación de la directiva 2011/83, se sugiere una mejora de redacción de la norma: *vid.* FENOY PICÓN, «La compraventa del Texto Refundido...» cit., pp. 796 y 806.

¹⁶⁹ Como destaca la doctrina que afirma que debe replantearse este aspecto a raíz de la STJUE (Sala Primera) de 16 de junio de 2011, cit., *vid.* FENOY PICÓN, «La compraventa del Texto Refundido...» cit., pp. 802 y 803.

¹⁷⁰ Sobre las diferentes posturas doctrinales españolas a favor de la proporcionalidad relativa o absoluta se renvía a MARÍN LÓPEZ, «Sustitución de un bien...» cit., pp. 95 y 96 con *ivi* bibliografía citada a las notas n. 1-3.

¹⁷¹ Como destaca la doctrina, en este sentido el ordenamiento alemán atiende al considerando n. 11 de la directiva 44/1999: GARCÍA RUBIO, «Las obligaciones del vendedor...», cit., p. 328.

que el precio del remedio es excesivamente elevado, por ejemplo, en relación con el total de la operación, podría eximirse del deber de ofrecer esta tutela.

Frente al supuesto aquí planteado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tomado partido afirmando que el vendedor debe sufragar los gastos inherentes a la retirada del bien no conforme y a la instalación del nuevo. Y afirma lo anterior, aun cuando éstos sean de un importe desproporcionado¹⁷² respecto de la operación económica celebrada, teniendo, por ejemplo, un coste muy superior al precio en que se ha comprado el bien¹⁷³. En este sentido, confirma la gratuidad en su concepción más extensa¹⁷⁴ respecto de la sustitución e, indirectamente¹⁷⁵, califica la desproporción que puede eximir al vendedor solo de forma relativa, es decir, en relación con el otro remedio (de reparación). Finalmente, atenta y correctamente, el Tribunal hace hincapié en que esta postura «relativa» se justifica porque el vendedor no queda totalmente desprotegido, pues tiene un posible derecho de repetición frente al fabricante¹⁷⁶.

A la luz de este concepto de remedio, el tribunal identifica la sustitución del bien con una garantía, ya que la hace proceder independientemente de la conducta del vendedor. Y lo entiende así porque asume que dicho remedio opera aun si el vendedor no se ha obligado a instalar¹⁷⁷, y también porque lo aplica a cualquier instalación independientemente de que se haya efectuado por el comprador (caso Putz) o por el vendedor (lavavajilla entregada y recibi-

¹⁷² Después de la colocación de 2/3 de las baldosas, se descubre un sombreado que, por dictamen pericial, no puede repararse. El tribunal condena a la sustitución completa de las baldosas por un importe de 5.830,37 € frente al precio de adquisición de 1.382, 27 €. Asunto C-65/09 (asunto Weber en relación con el § 439 n. 3 BGB), cit.

¹⁷³ Ya que «si en caso de sustitución de un bien no conforme el consumidor no pudiera exigir al vendedor que se hiciera cargo de la retirada de éste del lugar en el que hubiera sido instalado con arreglo a su naturaleza y a su finalidad, y la instalación del bien de sustitución en el mismo lugar, tal sustitución le obligaría a soportar cargas económicas adicionales que no habría tenido que arrostrar si el vendedor hubiera ejecutado correctamente el contrato de compraventa. En efecto, si desde un principio éste hubiera entregado un bien conforme a dicho contrato, el consumidor solo habría tenido que hacer frente una sola vez a los gastos de instalación y no habría tenido que cargar con los gastos relativos a la retirada del bien defectuoso»: STJUE (Sala Primera) de 16 de junio de 2011, cit., punto n. 47.

¹⁷⁴ En este sentido, el Tribunal afirma que, por un lado, los gastos relativos a la retirada y a la instalación son necesarios para subsanar la falta de conformidad y por otro, afirma, que en la expresión «sin cargo alguno» pueden entrar también los gastos que no son estrictamente necesarios, ya que la enumeración del art. 3.4 de la directiva 44/1999 tiene un carácter orientativo: *vid.* STJUE (Sala Primera) de 16 de junio de 2011, cit., punto n. 50.

¹⁷⁵ Digo indirectamente, dado que, en el caso concreto, el otro remedio —el de reparación— quedaba excluido por imposibilidad, ya que los defectos no eran subsanables (asunto Weber: sombreados de baldosas debido a microrestos de lijado, caso Putz: reparación de una lavavajilla).

¹⁷⁶ Al tenor del art. 4 de la directiva 44/199; *vid.* STJUE (Sala Primera) de 16 de junio de 2011, cit., punto n. 58.

¹⁷⁷ Al asumir la visión amplia de un concepto de falta de conformidad, que incluye los vicios posteriores al momento traslativo, como son los de instalación.

da frente al domicilio del comprador: caso Weber). Esto parecería corroborado por el hecho de que, como se ha observado¹⁷⁸, los cuatro remedios establecidos en la directiva sobre bienes de consumo prescinden de la culpa del vendedor.

Sin embargo, puede avanzarse más, ya que las tipologías de falta de conformidad de ambos casos, aunque acumulados por el Tribunal, podrían no ser exactamente iguales. De hecho, una falta de conformidad –aunque sea detectada después del traspaso de propiedad del bien– se produce o 1) por un vicio que tiene un origen anterior al efecto traslativo (defecto de lavavajilla: caso Putz), o 2) por un vicio que tiene su origen de un aspecto posterior (micro-restaurantes de lijado¹⁷⁹ en las baldosas instaladas: caso Weber). Ambas hipótesis pueden encontrar una interpretación diferente si se asumen los razonamientos que he efectuado con anterioridad y si se asocia la obligación con una conducta del obligado y/o se hace prescindir el efecto de la garantía de cualquier evento.

Por ello debe diferenciarse la naturaleza del remedio, asumiendo como patrones para su identificación, por un lado a) si el origen del vicio (no su manifestación), es previo o posterior al efecto traslativo del bien y, por otro, b) si su origen se relaciona o no con la conducta del obligado.

En los casos analizados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo tanto I) la falta de defectos del lavavajilla (problema técnico de su motor), debería enmarcarse en una garantía dado que, aunque se haya manifestado posteriormente al efecto traslativo, prescinde de la conducta del deudor siendo imputable a un defecto de fabricación; mientras que II) la instalación del producto realizada en el caso de las baldosas, derivaría de una precisa obligación.

Contextualizar el supuesto en una garantía o en una obligación, modificaría el alcance y contenido del remedio, debiéndose o no comprender la (total) gratuidad de la operación de retirada del bien defectuoso y la nueva instalación.

La identificación de un medio de tutela como una garantía o una obligación, puede cambiar las cartas en juego. Enmarcar la sustitución en una u otra naturaleza jurídica comporta la necesidad de una diferente carga probatoria. Si se relaciona la operación con una actividad, el vendedor puede aportar pruebas que justifiquen la eximente del remedio, por ejemplo, debido a una excesiva despro-

¹⁷⁸ Lo constata LUMINOSO, «Chiose in chiaroscuro...» cit., p. 34, con citas bibliográficas. Sin embargo, AMADIO matiza y sostiene que para la resolución se necesitaría un incumplimiento imputable (AMADIO, «La conformità al contratto...» cit., pp. 10-14).

¹⁷⁹ Asumiendo que el alisado de la baldosa se efectúa posteriormente a su instalación. Si esto se efectuara antes, el acreedor hubiera podido mitigar el daño al comprobar la apariencia de las baldosas previo a su instalación, lo que hubiera rebajado notablemente el coste de su retirada: así GARCÍA RUBIO, «Las obligaciones del vendedor...» cit., p. 333.

porción absoluta¹⁸⁰. En cambio, enmarcar el remedio en una garantía, lo haría prescindir de la carga probatoria relativa a la operación de sustitución, debiéndose realizar necesariamente. Aquí, la prueba solo podría influir en la demostración de la existencia o no de la falta de conformidad para excluir el remedio. Dependiendo si se interpreta como garantía u obligación, las consecuencias jurídicas serán diferentes y la tutela propenderá hacia el acreedor o deudor según el contexto (en este caso, comprador o vendedor).

Ahora, si se asume un concepto de desproporción absoluta, como algunos textos recogen¹⁸¹, hasta el extremo de limitar el cumplimiento de las «obligaciones» del vendedor si el remedio resulta desproporcionadamente gravoso y oneroso respecto del beneficio que obtendría el comprador¹⁸², se entiende por qué este aspecto asume aún más relevancia.

La antinomia entre la desproporción relativa del Tribunal de Justicia y la desproporción absoluta recogida en determinados textos, puede y debe resolverse solo tomando una clara postura sobre la naturaleza de estos remedios contractuales.

XI. LA ENIGMÁTICA PANORÁMICA REMEDIAL Y SU JERARQUÍA

El vigor de las acciones edilicias y su función de reequilibrio sinalagmático¹⁸³, sumado a lo que he afirmado hasta ahora, genera un panorama despejado de dudas de que estas acciones son garantías y no se pueden confundir con la obligación.

Sin embargo, cabe preguntarse si la aplicabilidad de la reducción del precio a cualquier contrato y la fusión en una única acción

¹⁸⁰ Aspecto que, sin embargo, queda excluido por el Tribunal de Justicia y que es defendido por parte de la doctrina que afirma que el vendedor no debería asumir los gastos de retirada del bien y de instalación, ya que se trata de obligaciones que no estaban en el contrato de compraventa: GARCÍA RUBIO, «Las obligaciones del vendedor...», cit., p. 333. Esta doctrina evidencia que, en algunas versiones, la referencia a una desproporción absoluta se identifica con el considerando n. 11 de la directiva 44/1999, que habla de desproporción no frente a un solo remedio, sino frente a «otras formas de saneamientos, como ocurre en las versiones española y alemana» (*ibidem*, p. 327). Sobre la posibilidad de repartir los gastos cfr. MARÍN LÓPEZ, «Sustitución de un bien...», pp. 95 y ss.

¹⁸¹ Lo destaca y analiza en relación con el art. 9:102 PECL, art. 7.2.2 Unidroit, III.-3:302 (3) DCFR y más dudosa, en relación con los arts. 1192 y 1483.3 PMCC: GARCÍA RUBIO, «Las obligaciones del vendedor...», cit., pp. 330 y 331. Sobre un análisis pormenorizado de estos sistemas de incumplimiento en relación con el PMCC y DCFR se remite a GÓMEZ CALLE, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del marco común de referencia», *ADC*, n. 1, 2012, pp. 29 y ss.

¹⁸² Art. 110.3 (b) anexo 1 CELS, art. 132.2 (B) ELI P.

¹⁸³ *Vid.* FERRANTE, *La reducción...* cit., pp. 52 y ss.

de las que antiguamente eran dos –la resolución por incumplimiento y la redhibitoria– han transformado su naturaleza jurídica.

La aplicación de la reducción del precio a todos los tipos contractuales, como propugnaría hoy cualquier texto armonizador, no modifica su naturaleza, sino que la refuerza. Su elevación a principio general básico del ordenamiento, permite que el acreedor goce de un sólido apoyo garantista que le ayuda a reequilibrar las prestaciones, manteniendo, al mismo tiempo, el contrato en vida.

Diferente es el discurso respecto a la resolución del contrato. La fagocitosis de la acción redhibitoria por parte de una omnicomprendensiva resolución por incumplimiento, cambia en parte las premisas en estudio. Si no se tiene bien claro que la actual resolución engloba dos visiones diferentes, se corre el riesgo de ofrecer al acreedor una tutela reducida, ya que podría eclipsar la finalidad de una resolución garantista (acción redhibitoria) y que puede ejercerse «automáticamente». Ésta podría desaparecer en favor de una resolución, en su sentido más amplio, que exija una carga probatoria que las acciones edilicias nunca han requerido, como es el requisito de la culpa para su aplicabilidad¹⁸⁴.

El hecho de que hoy en día se enmarquen la tradicional resolución por incumplimiento contractual y la que era la acción redhibitoria en una «única resolución», crea una naturaleza jurídica híbrida de este remedio. Esto no puede permitirse, ya que al considerarse como una garantía o una obligación, las consecuencias jurídicas y su contenido pueden ser diferentes. Por ello, debe tomarse una solución clara, dejando abierta siempre la doble posibilidad resolutoria –una de ellas relacionada con la culpa– que corresponderá a dos remedios con funciones diversas: uno garantista y otro no.

Finalmente, he analizado en el apartado anterior la posibilidad de que se adopte, en la compraventa, una visión garantista para la reparación y sustitución del bien por vicios anteriores al efecto traslativo, a menos que el sujeto participe directamente en el proceso de fabricación, es decir, si vendedor y fabricante son la misma persona. Para las faltas de conformidades posteriores a este efecto, en cambio, sí que podría hablarse de una obligación contractual, toda vez que la actividad del deudor ha jugado un papel clave, como se da, por ejemplo, en la instalación del bien. De todos

¹⁸⁴ V. gr. GARCÍA RUBIO, «La trasposición de la Directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo», en *La Ley*, 2003, II, D. 71, p. 1532; FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal codice civile al codice di consumo)*, Jovene, Napoli, 2007, p. 74.

modos, el sistema sigue siendo algo borroso, ya que el vicio posterior puede desvincularse de la conducta del deudor¹⁸⁵.

En un discurso más amplio, cabe identificar la naturaleza jurídica de estos dos remedios frente a otras tipologías contractuales. En cualquier tipo de prestación que no consista en un dar, sino en un hacer (fungible), sí que estos dos remedios dependen *ab initio* de una conducta del deudor y por lo tanto, podrían enmarcarse en su obligación de cumplir, como acciones de exacto cumplimiento. Por lo tanto, es fundamental, respecto a la naturaleza jurídica de estas «pretensiones de cumplimiento»¹⁸⁶, no solo identificar el tipo de contrato, sino la prestación inicial a realizar, como un dar o hacer y si este hacer es fungible y siéndolo, se vincule o no con la conducta del sujeto. Dependiendo de la situación –que se debe a la asunción de un omnicompreensivo concepto de falta de conformidad o de prestación defectuosa– la naturaleza de los remedios cambiará.

En consecuencia, debe comprenderse que no es posible crear una jerarquía entre remedios que no son de la misma naturaleza, como los que se relacionan con una obligación o una garantía. Una jerarquía de este estilo reduciría considerablemente el derecho del acreedor, *v. gr.* comprador, ya que, por ejemplo, limitaría la posibilidad de exigir una garantía bajo la premisa equivocada de que ésta debe someterse a una obligación (y a su carga probatoria). Por esa razón, las obligaciones y las garantías pueden convivir y solaparse, dejando libre al acreedor para exigir la tutela (de exacto cumplimiento) o la garantía (*v. gr.* reducción del precio y resolución del contrato) que estime conveniente y que pueda o deba proceder (por ejemplo, admitiendo que la resolución del contrato obra solo en los casos de no escasa importancia). En el actual y amplio concepto de

¹⁸⁵ Volviendo al ejemplo anterior, éste sería el caso en el cual la instalación se realizó por el acreedor debido a deficiencias en las instrucciones pertinentes, es decir, se prescinde de la conducta del deudor. Incluso aquí es curiosa la solución que eximiría al vendedor de la falta de conformidad si por «el comprador podía esperarse razonablemente que conociera la deficiencia en las instrucciones de la instalación» (IV. A.-2:307 DCFR). Llamativo es el ejemplo oficial proporcionado por el DCFR, por el cual el vendedor quedaría totalmente liberado al dar aviso de que las instrucciones son excesivamente complicadas: «A está interesada en comprar una mampara para la ducha de su baño en un kit de montaje y encuentra un modelo que, a primera vista, le gusta. Sin embargo, el vendedor dice: “No se la recomiendo porque no hay quien entienda las instrucciones de instalación”. B contesta: “No se preocupe. Soy bueno en descifrar instrucciones y he montado antes mamparas similares”»: STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definition...* cit., II, p. 1306.

¹⁸⁶ Así los define MORALES MORENO, quien ve la reparación y sustitución del bien como funcionales a «satisfacer in natura el interés del comprador en obtener la cosa en el estado de conformidad del contrato», aunque las aleja de cualquier pretensión indemnizatoria: MORALES MORENO, «Tres modelos...» cit., p. 20. Para una visión en ámbito comparado de estos remedios se reenvía a José María BECH SERRAT, «Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias», *Indret*, n. 1, 2010, en http://www.indret.com/pdf/697_es.pdf, fecha última consulta 12 de octubre de 2014.

remedio, se comprenden tanto la obligación como la garantía, pero debe asumirse que una jerarquía procede exclusivamente entre remedios homogéneos: entre garantías entre sí¹⁸⁷ o entre obligaciones entre sí, nada más. Este sistema debe complementarse con la acción de daños y perjuicios que velará como protección complementaria y/o independiente¹⁸⁸ (aún más en las obligaciones de hacer no fungibles) sobre el sistema remedial aquí analizado.

El sistema remedial que procede del nuevo y amplio concepto de incumplimiento, ve en su recorrido un punto de partida y de llegada idénticos. Todo tipo de remedio tendrá la naturaleza de un derecho –punto inicial– que comportará como resultado final la responsabilidad del otro sujeto, ya que «el incumplimiento es presupuesto común a todos los remedios»¹⁸⁹.

Sin embargo, dependiendo de que este remedio se configure como obligación o como garantía, tendrá contenidos y alcances distintos¹⁹⁰ y se relacionará con diferentes aspectos, como la culpa o la prueba. Entre remedios de la misma naturaleza podrán crearse determinadas jerarquías que no proceden entre remedios heterogéneos, aunque eventualmente sí que podrán solaparse entre ellas, dependiendo de las circunstancias del caso concreto. Gráficamente, es como si visualizáramos un rombo posicionado horizontalmente. Al vértice lateral, en la parte izquierda (punto de partida inicial del trayecto) tendríamos el «derecho» del acreedor, en el extremo derecho del rombo (punto final del trayecto) se encuentra el vértice de la «responsabilidad», que no necesariamente será del deudor. Para llegar a este resultado final, tendrá necesariamente que pasarse (de la izquierda hacia la derecha) mediante dos recorridos, uno que se mueve por el vértice alto y otro por el vértice bajo del rombo, correspondientes a una obligación o a una garantía, respectivamente. Así, el derecho del acreedor podrá concretarse mediante dos vías con características diferentes, dependiendo del recorrido elegido.

Dos recorridos complementarios, pero que nunca pueden mezclarse, como su colocación en los vértices bajo y alto del rombo

¹⁸⁷ Para una posible jerarquía remedial en la venta de bienes de consumo: *vid.* FERRANTE, *La reducción...* cit., pp. 299 y ss.

¹⁸⁸ Sobre la evaluación de las causas de exoneración entre la pretensión de cumplimiento e indemnizatoria *v. gr.* MORALES MORENO, *La modernización...* cit., pp. 55 y ss., *idem* «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria: límites de su ejercicio y naturaleza de las mediadas de ejecución la LEC», en VVAA, *Homenaje al Profesor Amorós Guardiola*, Madrid, Colegio de Registradores, 2006, pp. 525 y ss.

¹⁸⁹ Así GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, p. 39.

¹⁹⁰ Aquí es útil retomar las palabras de aquella doctrina que evidencia cómo el ejercicio de los remedios de saneamiento por vicios ocultos no implica que dichas cualidades sean parte del contenido del deber de prestación del vendedor. En estos términos MORALES MORENO, «Tres modelos...» cit., p. 7.

muestra. En el centro del rombo se sitúa la acción de daños y perjuicios, que incluso podrá ser de naturaleza extracontractual y que acompañará de forma independiente o complementaria a los otros medios de tutela.

XII. BIBLIOGRAFÍA

- AGHINA, Giorgio: «Garanzia per i vizi della cosa e azione di esatto adempimento», *GI*, 1964, I, pp. 1131 y ss.
- AGOSTINIS, Barbara: *La garanzia per i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore. Artt. 1490-1499*, en *Commentario al Codice Civile*, diretto da Francesco Donato Busnelli, 2012.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *ADC*, 2002, pp. 1133-1228.
- ALGUER MICO, José: «Para la crítica del concepto de precontrato», *RDP*, 1935, pp. 321-333, pp. 369-384, y pp. 417-434; y 1936, pp. 1-15.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972.
- AMADIO, Giuseppe: «La conformità al contrato tra garanzia e responsabilità», *Contratto e Impresa. Europa*, n. 1, 2001, pp. 2-15.
- AMADIO, Giuseppe: «Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche», *RDC*, n. 6, 2001, pp. 863-909.
- AMORTH, Giorgio: «In tema di tutela del compratore: può chiedersi la sostituzione di una cosa viziata», *GI*, 1965, I, 1, pp. 328 y ss.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *La compravendita in diritto romano*, II, Jovene, Napoli, 1956, p. 365.
- AUBRY, Charles, y RAU, Charles: *Cours de droit français*, 5.^a ed., 1922.
- BADOSA COLL, Ferrán: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Bologna, 1987.
- BARROS BOURIE, Enrique: «La diferencia entre estar obligado y ser responsable en el derecho de los contratos», en *VVAA, Estudios de Derecho Civil II. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006* (Hernán Corral Talciani y María Sara Rodríguez Pinto, coordinadores), Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2007, pp. 721-752.
- BECH SERRAT, José María: «Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias», *Indret*, n. 1, 2010, 48 páginas, en http://www.indret.com/pdf/697_es.pdf, fecha última consulta 12 de marzo de 2015.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo: «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, 1969, pp. 777-838.
- MASSIMO BIANCA, Cesare: *La vendita e la Permuta*, Giuffrè, vol. VII, tomo I, en *Trattato di diritto di Diritto Civile Italiano*, F. Vassali (dir.), Utet, Torino, 1972.
- «Artículo 3», en *VVAA, EU Sales Directive Commentary* (Bianca y Grundmann editors), Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002, pp. 149-177.
- «L'obbligazione nelle prospettive di codificazione europea e di riforma civile», *RDC*, n. 6, 2006, pp. 59-66.
- BOCCHINI, Fernando: *La vendita di cose mobili. Artt. 1510-1536. Seconda edizione riveduta ed ampliata con il D. Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24*, en *Commentario al Codice Civile*, diretto da Francesco Donato Busnelli, 2004.

- BRECCIA, Umberto: *Le Obligazioni*, en Trattato di Dir. Priv. diretto da Iudica y Zatti, Giuffrè, Milano, 1991.
- BUNTE, Herman-Josef: «Sulla programmata rielaborazione del diritto delle obbligazioni», traducción al italiano de Patti, *Rivista critica di diritto privato*, 1983, pp. 181-206.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «La reforma del Derecho de los contratos en Francia», *ADC*, n. 4, 2012, pp. 1783-1794.
- CABELA PISU, Luciana: «Garanzia e responsabilità», en VVAA, *Vendita e trasferimento de la proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Convegno Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990*, a cura di L. Vacca, II, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 757-770.
- CALAIS-ALOY, Jean, y TEMPLE, Henri: *Droit de la consommation*, 8.^a ed., Dalloz, Paris, 2010.
- CALVO, Roberto: «Dalla Nozione mista di vizio all'art. 1519 ter CC», en BIN y LUMINOSO, VVAA, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, Vol. XXXII, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, Cedam, Padova, 2003, pp. 135-286.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: «La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni», Cedam, Padova, 2003.
- CAPILLI, Giovanna: «La direttiva sulla vendita dei beni di consumo al vaglio della Corte di Giustizia», *Contr.*, 2008, n. 7, pp. 734-738.
- CARNELUTTI, Francesco: *Lezioni di Diritto processuale civile*, V-2, Cedam, Padova, 1933.
- CLEMENTE MEORO, Mario Enrique: «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española», *BMJ*, n. 2131, mayo 2011, pp. 1-17, disponible online a la dirección <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774520995/ListaPublicaciones.html> (fecha última consulta 12 de marzo de 2015).
- COTTINO, Gastone: *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Giuffrè, Milano, 1955.
- GIOVANNA CUBEDDU, Maria: «Vizio apprezzabile e garanzia della cosa venduta», *RDC*, 1990, II, pp. 167-199.
- DAL MARTELLO, Arturo: «Eccezione di inadempimento», *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, VI, 1960, pp. 354-360.
- DE CRISTOFARO, Giovanni: *Difetti di conformità e diritti del consumatore*, Cedam, Padova, 2000.
- DE FRANCESCHI, Alberto: «La sostituzione del bene non conforme al contratto di vendita (a proposito di C. Giust. CC, 17 aprile 2008, C-404/06)», *RDC*, 2009, n. 5, II, pp. 559-596.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, 2.^a ed. Cizur Menor: Aranzadi, Pamplona, 2009.
- «Art. 1490», en VVAA, *Código Civil Comentado*, Antonio Cañizares Laso, Pedro Valentín de Pablo Contreras, Francisco Javier Orduña Moreno (dir.), María del Rosario Valpuesta Fernández (coord.), Vol. IV, libro IV, Thomson Reuters, 2011, pp. 218-221.
- «La falta de armonía entre la tipificación del vicio redhibitorio y los remedios jurídicos con que cuenta el comprador de una cosa defectuosa», *ADC*, 2002, n. 2, pp. 641-658.
- DI MAJO, Adolfo: «Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo», *Europa e Diritto Privato*, n. 1 2001, pp. 1-22.

- «La modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania», *Europa e Diritto Privato*, n. 2, 2004, pp. 353-384.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El contenido de la relación obligatoria», *ADC*, n. 2, 1964, pp. 348-366.
- «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *BMJ*, n. 2130, abril 2011, pp. 1-10, disponible online a la dirección <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774520995/ListaPublicaciones.html> (fecha última consulta 12 de marzo de 2015).
- «I problemi della attuazione della direttiva 1999/44/CE nei diritti nazionali», en VVAA, *L'attuazione della direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno nazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi. Padova. 14-15 settembre 2001*, Cedam, Padova, 2002, pp. 255 y ss.
- DIURNI, Amalia, y KINDLER, Peter: *Il codice civile tedesco modernizzato*, Giapichelli, Torino, 2004.
- DONADIO, Nunzia: *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Giuffrè, Milano, 1994.
- «Azioni edilizia e interdipendenza delle obbligazioni» *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di Luigi Garofalo, Cedam, Padova, tomo II, 2007, pp. 455-537.
- FADDA, Rossella: *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal codice civile al codice di consumo)*, Jovene, Napoli, 2007.
- FELTKAMP, Régine, y VAN BOSSELLE, Frédéric: «The Optional Common European Sales Law: Better Buyer's Remedies for Seller's Non-performance in Sales of Goods?», *European Review of Private Law*, n. 6, 2011, pp. 873-905.
- FENOY PICÓN, Nieves: Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa: *evolución del ordenamiento español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1996.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, 2010, n. 1, pp. 47-136.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *ADC*, 2011, n. 4, pp. 1481-1685.
- «Art. 1484-1499», en VVAA, *Comentarios al Código Civil*, Andrés Domínguez Luelmo (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1618-1636.
- «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *ADC*, n. 2, 2013, pp. 795-836.
- FERRANTE, Alfredo: *La reducción del precio en la compraventa*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.
- FRAGALI, Michele: «Garanzia (diritto privato)», *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1969, tomo XVIII, pp. 446-466.
- FUENTESECA DEGENEFTE, Cristina: «La reciente reforma del BGB a través de la Ley para la Modernización del Derecho de obligaciones que entró en vigor en Alemania el 1 de enero de 2002», *Actualidad Civil*, n. 1, 2003, pp. 203-211.
- GALGANO, Francesco: *Diritto civile e commerciale. II. Le obbligazioni e i contratti. 2. I singoli contratti, gli atti unilaterali e i titoli di credito, i fatti illeciti e gli altri fatti fatti fonte di obbligazione, la tutela del credito*, 4.ª ed., Cedam, Padova, 2004.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Artículos 1445 a 1541*, en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XIX, 2.ª ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991.

- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con nota preliminar del Profesor Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Universidad de Zaragoza, 1974.
- GARCÍA RUBIO, M.ª Paz: *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- «La trasposición de la Directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo», en *La Ley*, 2003, II, D. 71, pp. 1529-1537.
- «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (Comentario a la STJUE de 16 de junio, en los asuntos acumulados Weber y Putz)», *ADC*, n. 1, 2013, pp. 323-337.
- «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Civil*, n. 1, 2014, pp. 7-27, en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/46/27>, fecha última consulta 12 de marzo de 2015.
- GARRO, Alejandro M., y PERALES VISCASILLAS, Pilar: «Opiniones del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías (CISG-AC)», *ADC*, 2008, n. 3, pp. 1389-1471.
- GARRO, Alejandro M., y ZUPPI, Alberto L.: *Compraventa internacional de mercaderías*, 2.ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- GIORGIANNI, Michele: *La obligación (la parte general de las obligaciones)*, traduc. Evelio Verdera y Tuells, (ristampa de *L'obbligazione (la parte generale dell'obbligazione)*); Giuffrè, Milano, 1955), Bosch, Barcelona, 1958.
- «Obbligazione (Diritto Privato)», *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Giappichelli, Torino, XI, 1965, pp. 580-614.
- GÓMEZ CALLE, Esther: «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del marco común de referencia», *ADC*, n. 1, 2012, pp. 29-102.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «El incumplimiento contractual en derecho español», *Indret*, n. 3/2007, en <http://www.indret.com/es/?ed=32>, 49 páginas, fecha última consulta 12 de marzo de 2015.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Aurora: *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Bosch, Barcelona, 1987.
- GORLA, Gino: *La compravendita e la permuta*, en *Trattato di Diritto Civile Italiano* (diretto da VASSALLI), Utet, Torino, 1937.
- GRECO, Paolo, y COTTINO, Gastone: *Della vendita, art. 1470-1547*, II ed., en *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1981.
- GUIDA, Giovanni: *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità. Soluzioni giurisprudenziali romane e problema teorici attuali*, Jovene, Napoli, 2013.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: «Sobre la relación entre las acciones de saneamiento de los vicios redhibitorios y las acciones comunes de indemnización, con especial referencia a su prescripción», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 9, 2007, pp. 95-119.
- HUC, Théophile: *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Pichon, Paris, 1903.
- IMPALLOMENI, Giambattista: *L'editto degli edili curuli*, Cedam, Padova, 1955.

- INFANTE RUIZ, Francisco José: «Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n. 8, 2002, pp. 153-172.
- JANSEN, Sanne: «Price reduction as a remedy in European contract law and the consumer acquis», en Marco B. M. Loos, Anne L. M. Keirse (ed.), *Alternative ways to ius commune: the Europeanisation of private law*, Cambridge, U. K.; Portland: Intersentia, Maastricht, 2012, pp. 169-217.
- KNÜTEL, Rolf: «Problemas del derecho de obligaciones moderno considerados a la luz de la experiencia romana» en *El Contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código latino americano tipo*, II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001 pp. 121-152.
- KRÖLL, Stefan: «Art. 39», en VVAA, *Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Stefan Kröll, Loukas A. Mistelis, María del Pilar Perales Viscasillas (ed.), München, Oxford, Portland: Beck, Hart, Nomos, 2011. pp. 487 y ss.
- LAITHIER, Yves-Marie: *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Paris, 2004.
- LANDO, Ole, y BEALE, Hugh (eds.): *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, combined and revised, The Hague [etc.], Kluwer Law International, 2000 [*Principios de derecho contractual europeo: Partes I y II*, edición española a cargo de: Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz, Madrid: Colegios Notariales de España, 2003].
- LAURENT, François: *Principes de Droit civil français*, tomo XXIV, Paris, 1903.
- LUMINOSO, Angelo: «Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice alla direttiva 1999/44», *RDC*, n. 6, I, 2001, pp. 837-862.
- «Appunti per l'attuazione delle direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita», *Contratto e Impresa Europa*, n. 1, 2001, pp. 83-142.
- «Chiose in chiaroscuro in margine al decreto legislativo n. 24 del 2002», en BIN, M. y LUMINOSO, A., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, vol. XXXII, In Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2003, pp. 8-116.
- «La responsabilità del venditore e i rimedi del compratore», en BIN, M. y LUMINOSO, A., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, vol. XXXII, In Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2003, pp. 351-419.
- *La compravendita*, Giappichelli, Torino, 5.ª ed., 2006.
- «La vendita e i contratti di alienazione», *RDC*, n. 6, 2006, pp. 299-329.
- MAGGIOLLO, Marcello: «La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull'ibrido teorico dell'obbligazione senza prestazione», *Obligatio-obbligazione, un confronto interdisciplinare* a cura di Luigi Capogrossi Colognesi Maria Floriana Cursi, Jovene, Napoli, 2011, pp. 87-108.
- MALAUURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent, y GAUTIER, Pierre-Yves: *Les contrats spéciaux*, 2.ª ed. refondue, Defrénois, Paris, 2005.
- MANNA, Lorena: *Actio redhibitoria e responsabilità per vizi della cosa nell'editto de mancipis vendutis*, Giuffrè, Milano, 1994.
- MANTOVANI, Maria Paola: «I vizi redibitori nel contratto di compravendita», *Rassegna di Diritto Civile*, 2009, n. 1, pp. 58-101.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Sustitución de un bien no conforme: ¿quién asume el coste de retirada del bien y de instalación del bien de sustitución?», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 9, 2013, pp. 87-98.

- MARÍN NARROS, Héctor Daniel: «Estudio sobre el concepto y los efectos del pre-contrato», *RCDI*, n. 718, 2010, pp. 487-518.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: «Cumplimiento defectuoso de la prestación (su inclusión en la contravención o cuarta causa del art. 1101)», *RCDI*, n. 517, 1976, pp. 1335-1396.
- MARTORANO, Federico: *Tutela del compratore per i vizi della cosa*, Jovene, Napoli, 1959.
- MAZZALLA, Carola: «L'aliud pro alio», en BIN, M., y LUMINOSO, A., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, vol. XXXII, In Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2003, pp. 287-309.
- MAZZAMUTO, Salvatore: «La nuova direttiva sui diritti del consumatore», *Europa e Diritto Privato*, n. 4, 2011, pp. 861-909.
- *Il contratto di diritto europeo*, ristampa riveduta e aggiornata della prima edizione, Giappichelli, Torino, 2013.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, 1980, pp. 585-686.
- «Artículo 39», en VVAA, *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de La Convención de Viena* (dirección de Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1997, pp. 335 y ss.
- «El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor», en AAVV, *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert: Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 261-270.
- *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.
- «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria: límites de su ejercicio y naturaleza de las medidas de ejecución de la LEC», en VVAA, *Homenaje al Profesor Amorós Guardiola*, Madrid, Colegio de Registradores, 2006, pp. 525-556.
- «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de las cosas», *ADC*, n. 1, 2012, pp. 5-28.
- LUISA MURILLO, María: *Forma y nulidad del precontrato: con especial referencia a la legislación iberoamericana*, Eunsa, 1993, Colecciones Jurídicas Universidad Navarra, Pamplona, 1993.
- NATOLI, Ugo: *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, II, Giuffrè, Milano, 1967.
- NAVAS NAVARRO, Susana: *El incumplimiento no esencial de la obligación: análisis del incumplimiento no esencial en las obligaciones contractuales de dar*, Reus, Barcelona, 2004.
- OVIEDO ALBÁN, Jorge: «Sobre el concepto de vicio redhibitorio en la compraventa. Análisis comparado de la jurisprudencia chilena y colombiana», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37 n. 2, 2010, pp. 241-269.
- PALADINI, Mauro: *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, Giappichelli, 2013.
- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual: (materiales para un debate)», *ADC*, 1991, pp. 1019-1092.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del Derecho privado», *Europa e Diritto Privato* n. 3/2014, pp. 897-925.
- PATTI, Salvatore: «Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici», *Rivista di diritto commerciale*, 1984, I, pp. 85 y ss.

- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Art. 1490», en VVAA, *Comentario al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz y Rodríguez Cano, coord., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 4.ª ed., 2013, pp. 2006-2007.
- PERSICO, Giovanni: *L'eccezione di adempimento*, Giuffrè, Milano, 1955.
- PIGNARRE, Geneviève: «A propos de la gratuité du remplacement d'un bien non conforme», *Recueil Dalloz*, 2008, n. 37, pp. 2631-2635.
- PIZARRO WILSON, Carlos: «La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia» en Carlos PIZARRO WILSON, Álvaro VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 395-405.
- REALMONTE, Francesco: «Eccezione di inadempimento», *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 222-239.
- RESCIGNO, Pietro: *Obbligazioni (Diritto Privato)*, *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 133-211.
- RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles of existing EC contract law (Acquis Principles). Contract II. General provisions, Delivery of Goods, Package travel and Payment Services*, Sellier, Munich, 2009.
- RIERA AISA, Luis: «Garantía», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas, tomo X (preparado por Buenaventura Pellisé Prats), Francisco Seix, Barcelona, pp. 533-541.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *BMJ*, 2011, n. 2132, junio, pp. 1-23.
- RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012.
- RODRÍGUEZ OLMOS, Javier Mauricio: «La oportunidad de saneamiento del incumplimiento del vendedor en el régimen de vicios materiales. Algunas reflexiones a partir del derecho alemán de la compraventa», *Revista de Derecho Privado del Externado*, n. 17, 2009, pp. 107-140.
- ROMÁN GARCÍA, Antonio: *El precontrato: estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1982.
- ROTT, Peter P.: «The Quelle case and the potencial of and limitations to interpretation in the light of the relevant Directive», *ERPL*, 2008, n. 6, pp. 1119-1130.
- RUBINO, Domenico: *La compravendita*, 2.ª ed., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (diretto da Cicu y Messineo), Giuffrè, Milano, 1971.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: *La opción de compra*, II.ª ed., Dykinson, 2007.
- SAMOY, Ilse; DANG VU, Tãm, y JANSEN, Sanne: «Don't Find Fault, Find a Remedy», *European Review Private Law*, n. 6, 2011, pp. 855-872.
- SCADUTO, Gioacchino: *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano*, *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, vol. 8, Castiglia, Palermo, 1921.
- SCHWENZER, Ingeborg: «Art. 39», Schwenzler I., Edgardo Muñoz (dir.), SCHLECHTRIEM Peter & SCHWENZER Ingeborg: *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, II, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pp. 1111-1137.
- SIRENA, Pietro, y ADAR, Yehuda: «La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo», *RDC*, n. 3, I, 2012, pp. 359-388.

- SONO, Kazuaki: «Artículo 39», en *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Cesare Massimo Bianca y Joaquim Bonell (editors), Giuffrè, Milano, 1987, pp. 303-313.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, II (III.-5:101-IV. C.-8.111), edited by Christian Von Bar, Eric Clive, Sellier, Munich, 2009.
- VAQUER ALOY, Antoni: «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?», *ADC*, n. 1, 2011, pp. 5-40.
- VIARIO, Silvia: *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Cedam, Padova, 2011.
- *L'arbitratus de restituendo nelle formule del proceso privato romano* Jovene, Napoli, 2012.
- VIVES MONTERO, María Luisa: «Traducción de la Reforma 2002 del BGB», *ADC*, 2002, pp. 1229-1310.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: «La pretensión de cumplimiento específico y la responsabilidad por incumplimiento. Un intento de sistematización del remedio en el Código Civil», en Carlos PIZARRO WILSON, Álvaro VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 285-297.
- VVAA: *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di Giorgio Cian Cedam, 2004.
- VVAA: *Vendita e trasferimento de la proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Convegno Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990*, a cura di L. VACCA, I y II, Giuffrè, Milano, 1991.
- VVAA: *Common European Sale Law, Commentary*, Reiner Schulze Ed., Baden-Baden: Nomos Publishing; München: Verlag CH Beck, US and Canada, Hart Publishing, 2012.
- VVAA: *The Proposed Common European Sales Law - the Lawyers' View*, Guido Alpa, Giuseppe Conte, Ubaldo Perfetti, Friedrich Graf (ed.), Munich, Sellier, 2012.
- VVAA: *El Derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los contratos*, coordinador Carlos Pizarro Wilson, Universidad del Externado, Bogotá, y Fundación Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012.
- VVAA: *The Common European Sales Law (in Context Interactions with English and German Law)*, Gerhard Dannermann and Stefan Vogenauer (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2013.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta Publishers South Africa, Beck, München, 1992.
- *Derecho Romano, derecho contemporáneo, Derecho Europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad* (traducción de Rodríguez Olmos), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- ZOLL, Fryderyk: «The remedies for non-performance», en Reiner Schulze (Ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, GmbH, Munich, 2008, pp. 189-205.

XIII. OTROS DOCUMENTOS UTILIZADOS

- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL): *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Gobierno de España. Ministerio de Justicia, Madrid, 2009, ISBN 978-84-7787-116-3, 133 páginas.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN MERCANTIL): *Propuesta de Código mercantil*, Madrid, 2013.
- EUROPEAN LAW INSTITUTE: *Statement of the European Law Institute on The Proposal for a Regulation on Common European Sales Law*, 18 febrero 2012, en http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-2-2012_Statement_on_the_Proposal_for_a_Regulation_on_a_Common_European_Sales_Law.pdf.
- Projet de code des obligations et des contracts. Texte définitif approuvé à Paris en Octobre 1927*, versión bilingüe, Provveditorato Generale dello Stato, Roma, 1928.

XIV. JURISPRUDENCIA CITADA

14.1 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE, I.^a, 17.4.2008, (Asunto C-404/06), *DOUE* 17 de abril 2008.
- STJUE, I.^a, 16.6.2011 (Asuntos acumulados C-65/09 y C-87/09: peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesgerichtshof, Amtsgericht Schorndorf — Alemania) — Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer (C-65/09), Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH (C-87/09), *DOUE*, 17.6.2011, C226/2.

14.2 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 25.2.1933, RJ 1933/1513.
- STS 6.2.1936, RJ 1936/472.
- STS 29.5.1940, RJ 1940/427.
- STS 13.6.1947, RJ 1947/906.
- STS 3.10.1979, RJ 1979/3236.
- STS 18.12.1984, RJ 1984/6133.
- STS 6.2.1985, RJ 1985/536.
- STS 16.2.1985, RJ 1985/558.
- STS 20.12.1985, RJ 1985/6611.
- STS 26.10.1987, RJ 1987/7473.
- STS 25.11.1988, RJ 1988/8713.
- STS 1.3.1991, RJ 1991/1708.

STS 10.3.1993, RJ 1999/1829.
STS 8.6.1996, RJ 1996/4833.
STS 24.9.1998, RJ 1998/6402.
STS n. 23.4.1999, RJ 1999/2591.
STS 22.7.2004, RJ 2004/4696.

14.3 SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

SAP Madrid, sec. 10.^a, n. 45/2008, de 15 de enero, JUR 2008/99782.
SAP Barcelona sec. 13.^a, n. 692/2007, de 19 de diciembre, JUR 2008/108694.

14.4 SENTENCIAS DE LA CASSAZIONE CIVILE

Cass. Civ., III.^a, 3.12.1970, n. 2544 *MGC*, 1970, 1321.
Cass. Civ., II.^a, 25.6.1980, n. 3992. *MGC*, 1980, 1728.
Cass. Civ., sez. un., 27.2.1985, n. 1720. *Giust. civ.*, 1985, I, 1630, *FI*, 1985, I, 1697, *Vita not.*, 1985, 257, *Giur. it.*, 1987, I, 1, 173, *Resp. civ. e prev.* 1985, 615, *Rassegna di diritto civile*, 1986, 752, *ibídem*, 1987, 238, *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 303.
Cass. Civ., II.^a, 21.1.2000, n. 639. *MGC*, 2000, 102 y en *Contr.*, 2000, 903.
Cass. Civ., II.^a, 24.5.2005, n. 10922, *MGC*, 2005, 1161.
Cass. Civ. 17.5.1966, n. 1262, *GI*, 1967, I, 1, 422.
Cass. Civ., II.^a, 16.6.1980, n. 3813, *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 6.
Cass. Civ., III.^a, 10.1.1981, n. 247. *MGC*, 1981, 92.
Cass. Civ., III.^a, 17.9.1981, n. 5155, *Giust. civ. Mass.* 1981, fasc. 9.
Cass. Civ., II.^a, 15.2.1986, n. 914. *MGC*, 1986, 276.
Cass. Civ., II.^a, 23.12.1991, n. 13869, *Giust. civ. Mass.* 1991, fasc. 12, *Nuova giur. civ. commentata*, 1993, I, 133, *Vita not.* 1992, 658.



Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código civil español

JUAN IGNACIO PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho civil

A la maravillosa ciudad ideal renacentista de Pienza, un balcón para soñar en el corazón del valle del río Orcia, en el sur de la Toscana, con nostalgia.

RESUMEN

Como su título lo indica, el presente trabajo intenta llevar a cabo un análisis del concepto de abuso del derecho consagrado en el artículo 7.2 de nuestro Código civil. Dado que el abuso del derecho se refiere al ejercicio del derecho subjetivo, hay que partir del concepto de derecho subjetivo al objeto de aclarar si en el abuso del derecho estamos ante un verdadero ejercicio del derecho. Una vez realizada la anterior labor, será necesario, finalmente, determinar cómo funcionan los criterios legales con base en los cuales el intérprete puede valorar si la conducta del sujeto titular del derecho es abusiva.

Durante la realización de una estancia de investigación en la ciudad de Pisa, en el primer semestre del año 2015, se fraguó la elaboración de este trabajo. Aprovecho este momento para expresar mi más profundo y sincero agradecimiento a todas las personas que lo han hecho posible, especialmente a mi maestro de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla, eximio Profesor D. Antonio Enrique Pérez Luño, a los Profesores del Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa: D. Roberto Romboli y D. Tommaso Greco, al personal técnico administrativo y a las bibliotecarias que trabajan en el reseñado Departamento.

Jamás podré agradecer suficientemente los felices días vividos en la Toscana.

PALABRAS CLAVE

Derecho subjetivo, ejercicio del derecho, abuso del derecho, interés jurídico.

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *El derecho subjetivo.*–3. *El sentido de la frase «sobrepasar los límites normales del ejercicio de un derecho» del artículo 7.2 del Código civil español.*–4. *La construcción del supuesto de hecho normativo del abuso del derecho del artículo 7.2 del Código civil español.*–5. *Los criterios legales con base en los cuales el intérprete puede valorar si la conducta del sujeto titular del derecho subjetivo es abusiva.*–6. *Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

El abuso del derecho representa una de las más controvertidas elaboraciones del sistema jurídico europeo y ha sido objeto de un intenso análisis y discusión por parte de la doctrina, la cual se encuentra todavía lejos de lograr una definitiva composición de la figura tanto desde el punto de vista historiográfico como desde el punto de vista puramente jurídico.

Es opinión corriente que la fórmula abuso del derecho aparece por primera vez en la jurisprudencia francesa del siglo XIX, en materia de propiedad, como una consecuencia del carácter absoluto de los principios enunciados después de la revolución francesa. Formulando el principio del abuso, la jurisprudencia francesa se mostró favorable a la idea de un control del derecho subjetivo, admitiendo en algunas hipótesis la responsabilidad del titular del derecho, también si el daño había sido ocasionado en el ejercicio del derecho mismo. El principio del abuso, nacido como regla jurisprudencial, ejerció una cierta fascinación en los legisladores de otros países, sensibles a la formación de un sistema capaz de negar protección a toda forma de abuso, y viene acogido expresamente en algunos ordenamientos europeos¹.

En los ordenamientos civiles europeos la prohibición del abuso se manifiesta en la fijación de un límite interno a las tradicionales prerrogativas absolutas –derecho de propiedad y autonomía contractual– por razones de justicia y, a diferencia de épocas pasadas, es la expresión de una ética de la responsabilidad que encuentra

¹ PATTI, Salvatore, «Abuso del diritto», en *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, 4.^a ed., vol. I, Torino, Utet, 1987, p. 2.

definición en principios jurídicos positivos de los Códigos civiles mediante las cláusulas generales².

Con respecto al ordenamiento jurídico español, la STS 159/2014 de 3 abril³ afirma que el artículo 7.2 del Código civil tiene un origen jurisprudencial, que arranca de la Sentencia de 14 de febrero de 1944, y se inspira en lo que desde hacía unos años se había postulado por la doctrina científica: incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para tercero o para la sociedad.

La peculiaridad de la figura que analizamos deriva de su carácter paradójico, puesto que quien habla de abuso del derecho parecería asumir la posición aparentemente contradictoria de que el ejercicio de una libertad en abstracto garantizada por el derecho objetivo constituya, en un caso concreto, un hecho ilícito o de cualquier modo antijurídico (fuente, según los casos, de ineficacia del acto abusivo o de responsabilidad resarcitoria)⁴.

En efecto, aunque por razones de comodidad expresiva se emplea la fórmula abuso del derecho, es una contradicción en los términos, porque el derecho no puede ser nunca abusivo. Por esa razón, la calificación de abusivo debe ponerse en correlación con el devenir del derecho mismo, o, mejor aún, con el perfil dinámico de los poderes y de las facultades que integran el contenido del derecho subjetivo, incidiendo en la estabilidad o en la eficacia de la concreta actividad desplegada por el sujeto. El juicio negativo en que consiste el abuso del derecho se proyecta sobre el acto concreto en el que se materializa el ejercicio de un derecho, valorándose su perfil funcional, es decir, el fin o el resultado del acto⁵.

En este breve artículo no pretendemos hacer un repaso histórico de la figura del abuso del derecho ni tampoco una exposición de las

² LOSURDO, Federico, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Università degli Studi di Urbino «Carlo Bo»-Dipartimento di Studi su Società, Politica e Istituzioni, Sezione di Studi europei «Anna Maria Battista», Critica Europea, 9, Collana diretta da Antonio Cantaro, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011, pp. 4 y 5.

³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Sentencia núm. 159/2014 de 3 de abril –RJ 2014, 2568– [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi].

⁴ PINO, Giorgio, «Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto», en *Rivista Critica del Diritto Privato*, Marzo 2004, p. 29.

⁵ Cfr. NIGRO, Casimiro A., «Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)»-note a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, en *Giustizia Civile*, vol. LX-Novembre 2010, fascicolo 11, Parte Prima, p. 2550, nota 9; MICARI, Giuseppe, «La teorica del rechtsmissbrauch nell'ordinamento giuridico italiano: rapporti con la buona fede e gli atti leciti dannosi», en *Giustizia Civile*, vol. LV, 2005, Parte Seconda, p. 358; LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo...*, cit., p. 1.

diferentes elaboraciones doctrinales, aspectos estudiados más o menos ampliamente por diversos autores⁶.

Se trata de lo siguiente: partiendo de la regulación contenida en el artículo 7.2 del Código civil español, la cuestión esencial consiste en determinar con precisión cuándo, en una situación concreta, debe entenderse que el acto de ejercicio de un derecho subjetivo sobrepasa los límites normales del derecho subjetivo.

Salta a la vista que para dar respuesta a la cuestión planteada es necesario realizar previamente un análisis del derecho subjetivo⁷ al objeto de determinar si en el abuso del derecho estamos ante un verdadero ejercicio del derecho, puesto que el abuso supone precisamente ejercicio extralimitado del derecho.

2. EL DERECHO SUBJETIVO

Detrás de la expresión derecho subjetivo se oculta un problema que se plantea históricamente de manera diversa: el problema de la relación entre esfera privada y esfera pública estatal, regulación autoritativa externa y autonomía privada, sociedad civil y sociedad política, economía y política⁸.

Justamente por la influencia de las condiciones histórico-sociales de cada momento, el derecho subjetivo únicamente pudo afirmarse como concepto en una atmósfera cultural de exaltación del valor de la subjetividad humana y de entendimiento del ligamen social como una agregación voluntaria de individuos. Esta es la razón fundamental de la imposibilidad de justificar derechos en el sentido moderno tanto en la antigüedad griega y romana como en la época medieval⁹.

Pero con independencia de las razones históricamente contingentes que condicionan el derecho subjetivo, no debemos olvidar que el derecho subjetivo, en cuanto categoría formal y lógica, se

⁶ Entre otros, MESSINA, Mara, *L'abuso del diritto*, Collana: Il Diritto come Garanzia, 2, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, pp. 35 ss. y 75 ss.; y CUADRADO PÉREZ, Carlos, *La moderna configuración de la doctrina del abuso del derecho*, 1.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, febrero 2014, pp. 19 ss.

⁷ Lo afirma expresamente MARTÍN BERNAL, José Manuel, *El abuso del derecho: (Exposición, descripción y valoración del mismo)*, Madrid, Editorial Montecorvo, S.A., 1982, p. 45.

⁸ BARCELLONA, Pietro, «Il problema del rapporto fra soggetto e ordinamento», en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. I, t. 1, *Diritto civile*, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della Università di Messina, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1978, p. 57.

⁹ LA TORRE, Massimo, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Seminario Giuridico della Università di Bologna, CLXVII, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1996, p. 44.

resuelve en su concepto: más bien, se resuelve en las nociones que de él han sido imaginadas o ideadas, nociones que no son ni verdaderas ni falsas, porque no preexiste un ente con respecto al cual pueda predicarse la verdad o la falsedad¹⁰.

En la historia de los últimos siglos de pensamiento jurídico pueden vislumbrarse diferentes fases en la evolución del concepto de derecho subjetivo. La evolución histórica de los elementos que identifican la situación subjetiva activa de ventaja se ha diversamente reflejado en las teorías sobre el abuso. En particular, la teoría de la voluntad (sobre todo la teoría de Windscheid) parece haber condicionado las teorías subjetivas del abuso como *voluntas nocendi*, y mientras la teoría de la desviación del fin parece evocar la centralidad del interés perseguido en la concepción del derecho subjetivo de Jhering, la moderna teoría del contenido del derecho como *facultas agendi* impone considerar su posible desviación, juzgando *a posteriori* las modalidades y el resultado desde una perspectiva relacional¹¹.

Punto de partida para la reconstrucción del derecho subjetivo es la teoría del derecho subjetivo como poder de elección o poder de la voluntad. Según esta teoría, el derecho subjetivo consiste en un poder atribuido a la voluntad del sujeto, o mejor consiste en la garantía de una esfera de acción en la que la voluntad del titular del derecho es soberana: el derecho subjetivo desempeña la función de delimitar el ámbito dentro del cual el titular puede proyectar las propias actividades de manera libre y segura. En el marco de la teoría de la voluntad, el reconocimiento al titular del derecho de una esfera de acción convierte en incensurables las conductas que se realizan dentro de dicha esfera¹².

Para esta teoría, la voluntad del sujeto constituye el motor de la experiencia jurídica. La voluntad emana del sujeto y manifiesta a través de los esquemas formales del negocio jurídico y del derecho subjetivo su poder creativo de efectos jurídicos¹³.

¹⁰ Cfr. ORESTANO, Riccardo, «Diritti soggettivi e diritti senza soggetto», en *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 177; RESTIVO, Carmelo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Università di Palermo-Facoltà di Giurisprudenza, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 8.

¹¹ BUSNELLI, Francesco Donato e NAVARRETTA, Emanuela, «Abuso del diritto e responsabilità civile», en *Studi in onore di Pietro Rescigno, V. Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, pp. 91 y 92.

¹² Cfr. PINO, «Il diritto e il suo rovescio...», cit., pp. 33 y 34.

En este contexto, afirma PINO («Il diritto e il suo rovescio...», cit., p. 34), no hay espacio para un juicio *a posteriori* en términos de abuso de la conducta del titular, excepto quizás la hipótesis en que tal conducta haya sido dirigida intencionalmente y exclusivamente a causar daño a otros.

¹³ RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 14 y 15.

Rápidamente se evidenció que, configurando el derecho subjetivo como un señorío de la voluntad, no se podía explicar el reconocimiento de derechos también a los sujetos incapaces, los cuales están, por definición, privados de una voluntad consciente¹⁴.

Posteriormente surge la teoría del derecho subjetivo como interés protegido. Según esta teoría, el derecho subjetivo representa el resultado de una selección de intereses merecedores de protección por parte del ordenamiento jurídico; se asigna a la norma la función de asegurar la realización de determinados intereses referibles a los sujetos. El interés, en cuanto elemento teleológico, es considerado como la fuerza motriz del derecho y el sujeto es considerado como portador y centro de intereses¹⁵.

A esta teoría se le formularon las mismas objeciones que a la primera vista. Particularmente, se observó que la noción de interés procede de la valoración de la aptitud de un bien para satisfacer una necesidad y se expresa en la aspiración consciente al bien mismo; pero un sujeto incapaz no puede aspirar conscientemente a un bien, ni, todavía antes, está en disposición de valorar cuáles son los bienes que realizan las propias necesidades: del interés, subjetivamente entendido, voluntad e intelecto son necesarios presupuestos¹⁶.

Para superar esta objeción se consideró que el interés no es lo que el sujeto valora como propio interés (interés en sentido subjetivo), sino lo que el ordenamiento, con base en una valoración típica y objetiva, considera como interés del sujeto. Con este nuevo planteamiento, la norma, el derecho objetivo, y no el sujeto, pasa a primer plano¹⁷.

Se produce una reconstrucción del papel del interés que puede contemplarse bajo dos aspectos:

1. Bajo el primer aspecto, el derecho subjetivo representa el instrumento a través del cual viene resuelto un conflicto de intereses: la norma reconoce y asegura la superioridad de uno de los intereses en conflicto colocando a su titular en una posición de ventaja: bajo este perfil, la satisfacción del interés preeminente representa el fin que justifica la atribución al sujeto de un derecho. El interés,

¹⁴ RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 11.

¹⁵ NATOLI, Ugo, *Il diritto soggettivo*, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della R. Università di Messina, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1943, pp. 24 y 25.

¹⁶ RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 19.

Afirma BARCELLONA («Il problema del rapporto fra soggetto e ordinamento», cit., p. 67) que, sobre el plano lógico, tanto el concepto de interés protegido como la concepción del poder de la voluntad reconocido al sujeto son incompatibles con la primacía del derecho objetivo, entendido como criterio exclusivo de reglamentación de las conductas: con respecto a la norma no existe la voluntad, existe la acción voluntaria. La voluntariedad es una modalidad de la acción, no es un poder.

¹⁷ RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 19 y 20.

por tanto, adquiere relevancia en el plano no de la estructura, sino de la función de las situaciones jurídicas subjetivas, porque constituye el elemento teleológico¹⁸.

2. Bajo el segundo aspecto, se contempla la función que asume el interés en el momento de su incorporación a la norma, es decir, en el momento de su fijación jurídica. En el plano jurídico-formal, el interés es un elemento distinto del derecho subjetivo: el interés indica una relación de tensión entre un sujeto y un bien (o un resultado jurídico favorable), y expresa una situación de espera; el derecho subjetivo representa una situación final, la superación y la realización de la relación de tensión entre un sujeto y un bien. El interés constituye una posición de partida, una situación preliminar, mientras que el derecho subjetivo constituye una posición de llegada. Ambas situaciones prescinden de toda referencia a las condiciones psicológicas del sujeto y existen por el principio de necesidad jurídica que domina el campo de la calificación jurídica. El interés (jurídico) es presupuesto indispensable del derecho subjetivo, pero no es el derecho mismo¹⁹.

La separación entre interés y derecho subjetivo tiene su reflejo en la estructura de la norma. En el esquema normativo el interés encuentra su lugar en la parte hipotética. La situación de interés jurídico se resuelve en el conjunto de las condiciones de hecho previstas por la norma para la atribución de determinadas posiciones de ventaja²⁰. El derecho subjetivo se sitúa, en cambio, en la parte dispositiva, que es aquella parte que conecta a la situación de hecho una determinada consecuencia jurídica. El nacimiento del derecho subjetivo es el efecto o la consecuencia que sigue a la realización del supuesto de hecho normativo²¹.

La evolución del concepto de derecho subjetivo pone de relieve la progresiva aparición en escena del derecho objetivo²². Hoy se admiten como resultados indiscutibles los siguientes: a) que la norma, el ordenamiento jurídico, constituye el presupuesto indispensable de toda investigación jurídica. Los conceptos jurídicos,

¹⁸ RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 20 y 21.

¹⁹ NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 44 a 46.

El interés es el fundamento justificativo de las situaciones jurídicas. Sobre la noción de interés, FEMIA, Pasquale, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, 80, a cura di Pietro Perlingieri, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

²⁰ Así lo señala NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 25 y 26.

²¹ En este sentido, RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 22.

²² La historia de la ciencia jurídica moderna se presenta como un largo, lento y tormentoso redescubrimiento del derecho objetivo. En su evolución se aprecia la tendencia, que se manifiesta en diversos modos, a alcanzar la unión entre el derecho subjetivo y el derecho objetivo. ORESTANO, «Diritti soggettivi e diritti senza soggetto», cit., pp. 139 y 145.

también el derecho subjetivo, son tales porque derivan de la norma, que es fuente o criterio de calificación de los fenómenos jurídicos; b) que el derecho subjetivo expresa una relación entre el sujeto jurídico y la norma²³.

La relación que se instaura entre el sujeto y la norma se explica dentro del contexto de la norma como juicio hipotético que conecta a una situación de hecho, elevada a supuesto de hecho normativo, unas determinadas consecuencias jurídicas. Esta concepción coloca en el centro del sistema, como punto esencial de la experiencia jurídica, la relación constitutiva de la calificación jurídica, o también el proceso de valoración del hecho por parte de la norma, valoración que se expresa en los efectos jurídicos que al hecho vienen imputados una vez que resulta subsumible en el supuesto de hecho normativo²⁴.

Por otra parte, la relación entre el sujeto y la norma o entre el sujeto y el esquema normativo de un comportamiento del mismo sujeto puede presentarse de dos modos, porque dos son las valoraciones que agotan cualquier posible juicio sobre el proceder humano. La relación expresa un juicio de licitud, y da lugar a un derecho subjetivo (*agere licere*), cuando la norma consiente al sujeto tanto asumir como no asumir el comportamiento de la norma previsto en esquema. La relación expresa una necesidad, y se tiene entonces la figura del deber (*necessitas agendi*), si la norma impone realizar el comportamiento en ella previsto, de modo que el sujeto, cuando no lo asuma, se encuentra, frente a la norma, en una posición no tutelada, ilícita²⁵.

El derecho subjetivo es una situación jurídica activa de un sujeto concerniente a un comportamiento futuro e hipotético del mismo sujeto. Consiguientemente, la relación en que consiste el derecho subjetivo se establece entre un sujeto y un comportamiento futuro, que está ya determinado y que, en el Estado moderno, está siempre limitado por la norma²⁶.

El elemento activo característico del derecho subjetivo puede especificarse como la jurídica posibilidad de asumir un comportamiento limitado (extensión y forma) determinado por la norma. Traspasados los límites el comportamiento no es jurídicamente posible, es decir, no es conforme a la norma o lícito. El sujeto no

²³ Cfr. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 3 y 4.

²⁴ RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 44 y 45.

²⁵ Esta es la construcción que propone GUARINO, Giuseppe, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, ristampa (estratto da «Rassegna di Diritto Pubblico», N. 3-4, 1949), Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1990, pp. 27 y 28.

²⁶ GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., p. 30 y p. 31, nota 41.

puede asumir un comportamiento cualquiera, sino el previsto por la norma²⁷.

Frente a cualquier actividad concreta de los sujetos, el juicio acerca de si es abusiva o ilícita exige: en primer lugar, determinar si el sujeto es o no titular de una determinada situación subjetiva; en segundo lugar, caso de que lo sea, determinar si tal actividad se ha mantenido dentro de los límites concretos de aquella situación. La norma no señala al sujeto el camino preciso que debe seguir en el caso de que él quiera actuar, sino que simplemente le indica aquello que no debe hacer. Lo que significa que se deja al sujeto una mayor libertad de acción²⁸.

El problema de lo lícito jurídico se enmarca dentro del problema más amplio de la relación entre la libertad individual y el ordenamiento jurídico. La idea de una libertad normativamente fundada, porque descende del ordenamiento, trae a primer plano el elemento del interés. El ordenamiento atribuye al sujeto espacios de libertad para la realización de intereses merecedores de tutela. El derecho subjetivo supone el reconocimiento de la licitud de un determinado comportamiento y la consiguiente atribución al sujeto de libertad para realizarlo, pero dentro de los límites del interés subyacente a la atribución del derecho²⁹.

Si el derecho subjetivo expresa una relación entre el sujeto y la norma y culmina en un juicio de posibilidad de un comportamiento dentro de unos determinados límites, no pertenecen al contenido del derecho subjetivo ni la voluntad, la cual es relevante no en el momento de la existencia, sino en el momento de la actuación o del ejercicio del derecho mismo³⁰, ni el interés, porque este, como ya hemos señalado anteriormente, representa una situación preliminar con respecto al derecho subjetivo.

Resumiendo lo dicho hasta ahora, el interés se resuelve en el conjunto de las circunstancias de hecho previstas por la norma para que el derecho subjetivo exista; al mismo tiempo, la satisfacción del interés representa el fin de la atribución a un sujeto por el ordenamiento jurídico de facultades y poderes que constituyen el

²⁷ Así, NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 60 y 61 y nota 188. Conforme, GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., p. 31, nota 41.

²⁸ Seguimos en este punto a NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 78 a 80.

Como analizaremos posteriormente, el abuso del derecho es una técnica de detección de la actuación que sobrepasa los límites del contenido del derecho. La particularidad de la figura radica en que la superación del contenido del derecho no resulta inmediatamente, *a priori*, porque el acto es abstractamente compatible con el contenido del derecho, sino que se descubre en el momento del concreto ejercicio de las prerrogativas, averiguando *a posteriori* el interés concretamente perseguido por el sujeto. Así opina RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 85.

²⁹ Seguimos en este punto a RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 57.

³⁰ NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 39.

contenido del derecho subjetivo. Puede decirse, sintéticamente, que el derecho subjetivo es *agere licere* para la satisfacción de un interés considerado por el ordenamiento como merecedor de protección; es un espacio de libertad: el interés, que constituye la *ratio* de su reconocimiento, conforma tal libertad, señala sus confines, traspasados los cuales la acción del sujeto deja de ser ejercicio del derecho³¹.

3. EL SENTIDO DE LA FRASE «SOBREPASAR LOS LÍMITES NORMALES DEL EJERCICIO DE UN DERECHO» DEL ARTÍCULO 7.2 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Según el artículo 7.2 del Código civil español, la conducta del sujeto es abusiva cuando supera los límites normales del ejercicio de un derecho. La interpretación que aquí se propone es la que entiende que los límites normales se refieren a la extensión del contenido del derecho.

En efecto, en el abuso del derecho la cuestión estriba en determinar si el concreto acto de ejercicio entra o no en el contenido del derecho. Si el comportamiento del sujeto es ajeno o extraño al contenido del derecho, en tal caso, en rigor, no se trata de un mal ejercicio de un derecho, sino de inexistencia, respecto al acto realizado, de un derecho que lo sostenga³².

³¹ RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 63 y 64.

³² Por tanto, desde el momento en que consideramos que el abuso del derecho constituye un límite interno del derecho, que concurre a identificar el contenido del propio derecho, nos apartamos de la opinión que mantiene que el abuso constituye solamente un límite externo del derecho, porque no incide en la extensión del contenido del derecho, en el *quantum*, sino en las modalidades de ejercicio del derecho, en el cómo. Para dicha opinión, el abuso sería una hipótesis de mal uso del derecho. Así, BIGLIAZZI GERI, Lina, «Buona fede nel diritto civile», en *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, 4.ª ed., vol. II, Torino, Utet, 1988, p. 187.

La doctrina española entiende la idea de extralimitación de una manera distinta a la expuesta por nosotros, ya que estima que el abuso del derecho comporta la actuación del contenido del derecho.

En opinión de ROCA JUAN, la extralimitación significa que el ejercicio sobrepase los límites normales, que no son los límites normativos, los límites formalmente legales. Lo que puede explicarse porque fuera de estos no hay abuso, sino ausencia de derecho, y el actuar sin derecho, o sea, sin una concreta y formal atribución de poder, aun dentro de la básica esfera de libertad de la persona, puede caer por otras vías bajo el principio general de responsabilidad. ROCA JUAN, Juan, *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., sub art. 7.2, p. 394.

GETE-ALONSO afirma que para hablar de abuso del derecho es necesario que se ponga en funcionamiento su contenido, no que su titular se arrogue facultades (contenido) que no tiene. El ejercicio anormal, definido por contraposición al que es normal, supone que el contenido del derecho no es utilizado conforme a la función del mismo aunque se respeten los límites formales. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz

La particularidad del fenómeno denominado abuso del derecho, que lo distingue de cualquier otra hipótesis de superación de los límites legales de las prerrogativas reconocidas al sujeto, consiste en la aparente conformidad del comportamiento del sujeto con el contenido de su derecho³³. Abusar del derecho es como cubrir bajo la apariencia del derecho un acto que se tiene el deber de no realizar³⁴. Así es, en el abuso del derecho únicamente se puede hablar de ejercicio del derecho en apariencia, porque no es nunca ejercicio del derecho. Es un acto ilícito del que se responde.

Cuando nuestro Código civil, con el fin de apreciar el abuso del derecho, exige que el acto sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, no está diciendo que una cosa es el derecho y otra distinta el ejercicio del derecho³⁵. El derecho subjetivo se agota en la calificación del ejercicio como lícito³⁶. Si el derecho subjetivo está previsto, atribuido y regulado por el ordenamiento jurídico para la realización de intereses, eso postula: en primer

Alabart, tomo I, vol. 1.º (artículos 1 a 7 del Código civil), 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1992, sub art. 7, p. 920.

Según RIVERO, la expresión «límites normales» en el artículo 7 del Código civil no equivale a límites legales (los de la literalidad de la norma correspondiente). No se trata simplemente de averiguar la voluntad del legislador al estructurar el derecho, sino de ver cómo la gente estima que deben ejercitarse y hasta dónde pueden llegar en la práctica de cada época las facultades concedidas por la ley. RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Eficacia general de las normas jurídicas», en *Comentarios al Código civil, I, Título Preliminar*, coordinador Joaquín Rams Albesa, Barcelona, José M.ª Bosch, editor-Librería Bosch, S.L., 2000, p. 237.

³³ En estos términos, NATOLI, Ugo, «Note preliminari ad una teoría dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, p. 37.

Se adhiere a este punto de vista RESCIGNO, Pietro, «L'abuso del diritto», en *Rivista di Diritto Civile*, 1965, Parte Prima, p. 242.

³⁴ NATOLI, «Note preliminari...», cit., p. 37.

³⁵ Como afirma SACCO, en la definición del derecho subjetivo se pueden seguir dos caminos. Si la noción de derecho subjetivo sirve para indicar lo que está permitido al sujeto, lo que el sujeto puede pretender de los demás, cuáles son los espacios otorgados a su autonomía, sería necesario definir el derecho de tal modo que todo lo que corresponde a su definición sea lícito, y todo lo que excede de su definición sea prohibido. Pero los juristas podrían también preferir la estrategia de la definición en dos tiempos. Podrían dar una primera definición del derecho, indicando anticipadamente un área dentro del cual se encuentra el conjunto de todos los actos permitidos al sujeto del derecho; y después, en el interior de dicha área, pasar por el filtro los actos, separándolos en buenos y malos, separando el buen uso y el mal uso, el ejercicio consentido y el abuso. Sin embargo, lo razonable, afirma Sacco, es proceder con la definición en dos tiempos únicamente cuando es obligado hacerlo. La lógica más rentable es aquella que supone un menor número de pasos lógicos. Para insertar la noción de abuso del derecho en un sistema privado de contradicciones será mejor formular un juicio hipotético, afirmando que es abusivo el acto que sería ejercicio lícito del derecho si no fuese acompañado de específicas circunstancias que lo vuelven antijurídico; recíprocamente, se deberá decir que el derecho A legitima al titular para realizar los actos que corresponden al contenido A1, incluyendo entre los elementos que identifican el contenido A1 la ausencia de aquellas específicas circunstancias que convierten en ilícito el acto. SACCO, Rodolfo, «L'esercizio e l'abuso del diritto», en AA. VV., *La parte generale del Diritto civile, 2, Il diritto soggettivo*, en *Trattato di Diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Torino, Utet, 2001, pp. 339 y 340.

³⁶ SACCO, «L'esercizio e l'abuso del diritto», cit., p. 305.

lugar, que el interés sea digno de protección, porque sería absurdo pensar que el ordenamiento otorgue poderes para la realización de intereses no susceptibles de protección; en segundo lugar, que exista una congruencia entre ejercicio del poder e interés para cuya realización el derecho se ha constituido³⁷.

Si viésemos el derecho subjetivo como un programa que espera una ejecución, entonces concluiríamos que quien programa, programa en vista de la ejecución, y que de los dos fenómenos es central la ejecución, con respecto a la cual el programa tiene una función solo instrumental³⁸.

Cuando el sujeto utiliza las prerrogativas que constituyen el contenido del derecho subjetivo para perseguir un interés distinto al asumido por la norma como presupuesto del derecho, el acto de ejercicio del derecho es un acto que, debido a las circunstancias concretas que lo acompañan, el ordenamiento jurídico no reconoce al sujeto el derecho a realizarlo, ya que tales circunstancias no son subsumibles en el supuesto de hecho normativo del que nace el derecho³⁹. Únicamente la correspondencia entre acto de ejercicio e intereses merecedores de tutela satisface la exigencia de justificación del acto de ejercicio. El ejercicio del derecho subjetivo privado está ligado a la existencia de un interés típico (causa o justificación del acto⁴⁰), el cual es un elemento del supuesto de hecho normativo.

³⁷ MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 166 y 167.

³⁸ SACCO, «L'esercizio e l'abuso del diritto», cit., p. 305.

³⁹ Cfr. RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 117.

La teoría del abuso del derecho descansa sobre la necesidad de que el sujeto titular del derecho subjetivo lo ejercite de manera congruente con la previsión normativa. Debe haber correspondencia entre ejercicio del derecho y contenido del derecho que la norma contempla. En este sentido, MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 179.

⁴⁰ Al abordar el tema de la justificación de la propiedad, los autores ATIENZA y RUIZ MANERO afirman que una cosa es el derecho de propiedad como conjunto de posiciones normativas y otra las razones que justifican, y que limitan, ese mismo conjunto. Desde esta perspectiva, añaden, la institución de la propiedad, como haz de posiciones normativas, puede ser justificada porque protege o promueve bienes o intereses (cuando se trata de bienes o intereses que se consideran dignos de protección). ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 49 y 50.

Continuando con el derecho de propiedad, podemos afirmar que el campo de previsión del abuso excluye, por definición, la presencia de los intereses típicos o merecedores de tutela: goce y disposición, entendidos como los parámetros tradicionales en los que se desenvuelve el acto de ejercicio de la propiedad.

Si una persona construye un muro en su propiedad para perjudicar al vecino, no cabe afirmar que ejercita su derecho de propiedad, porque el acto realizado no tiene relación con la propiedad. En el ejemplo descrito, el comportamiento del sujeto, valorado bajo el perfil de la justificación de la actividad, es abusivo o ilegítimo en virtud de la inexistencia del elemento causal (se habla en este lugar de causa en sentido genérico, y no con el significado que tiene en la teoría del negocio jurídico), puesto que el acto, dadas las circunstancias, no cumple la función de satisfacer el interés típico del propietario en gozar del bien: no existe un interés digno de protección que justifique o legitime la acción del sujeto

La determinación del abuso se encuadraría dentro de la dinámica que se desenvuelve entre la norma atributiva del derecho para la realización de un interés –a conservar: derechos absolutos; a conseguir: derechos relativos– y el sujeto titular del derecho en el momento en el que va a ejercerlo teniendo en cuenta que tal desarrollo afecta a las esferas jurídicas ajenas según una realización que necesariamente se aparta del programa normativo⁴¹.

El abuso del derecho se hace evidente en el momento del ejercicio del derecho por parte de su titular, es decir, en el momento real y dinámico, porque es en ese momento cuando se exterioriza el interés concretamente perseguido por el sujeto. Por otra parte, la individualización del interés concretamente perseguido por el sujeto titular del derecho exige reconstruir el hecho concreto como paso previo a la calificación del acto como ejercicio o, por el contrario, como abuso del derecho, es decir, como paso previo a la determinación de si el acto puede o no ser incluido en el contenido del derecho delineado por la norma⁴².

Puesto que la técnica del abuso del derecho está dirigida a un control judicial del ejercicio del derecho, que lo reconduzca a la racionalidad objetivamente típica que justifica la atribución del derecho mismo⁴³, su finalidad no consiste en resolver los conflictos entre distintas esferas jurídicas a través de una ponderación de los intereses contrapuestos. El daño a los intereses ajenos producido en el desarrollo del derecho subjetivo sin una razón que lo justifique representa una fase subsiguiente al momento esencial del abuso, que consiste en la divergencia entre el interés fundamento de la atribución del derecho y el interés concreto perseguido por el sujeto. Por consiguiente, el abuso se sitúa en un plano diverso, y lógicamente precedente, con

(cfr. GIORGIANNI, Michele, «Causa (dir. priv.)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, Milano, 1960, pp. 566 y 567).

Por tanto, el ejercicio del derecho subjetivo presupone la existencia de un interés legítimamente tutelado. Si el derecho subjetivo se determina y tiene un significado en relación y en conexión con las posibilidades jurídicas particulares de conducta concedidas a su titular (cfr. MAIORCA, Carlo, «Proprietà e anti giuridicità», en *Rivista di Diritto Civile*, 1941, pp. 5 y 6), el ejercicio del derecho parece representar eso que el sujeto titular del derecho subjetivo puede jurídicamente. Desde este punto de vista, resulta arduo concebir un comportamiento abusivo como forma de ejercicio del derecho subjetivo (cfr. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 189). En el comportamiento abusivo no se vislumbra una razón jurídica para actuar; el sujeto se aprovecha de la atribución abstracta del derecho para ocultar una conducta arbitraria o caprichosa.

Y, como señala RESTIVO (*Contributo...*, cit., p. 107, nota 122), es necesario distinguir el plano del interés, entendido como juicio de valor que ha conducido al ordenamiento a la atribución del derecho, del plano de los fines (*melius*: de los motivos) subjetivos del particular acto realizado en el ejercicio del derecho.

⁴¹ MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 170.

⁴² Cfr. RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 86 y 87.

⁴³ Cfr. SALVI, Cesare, «Abuso del diritto: I) Diritto civile», en *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Roma, 1988, p. 3.

respecto a la valoración comparativa de los intereses en juego. Además, tampoco la comparación entre intereses contrapuestos puede representar el perfil subsiguiente del abuso, puesto que dicha operación exige la presencia de dos intereses merecedores de tutela que no pueden coexistir, lo que no se da en el abuso del derecho, el cual es la expresión de un interés no merecedor de protección⁴⁴.

Ahora bien, es obvio que el abuso del derecho solamente es jurídicamente relevante cuando la conducta abusiva incide en la esfera de intereses de otro sujeto, lo cual significa que el fenómeno del abuso se coloca en una dimensión necesariamente relacional⁴⁵ o que el abuso se encuentra dentro de las dinámicas de las relaciones intersubjetivas⁴⁶.

En la hipótesis de conducta abusiva que lesiona un interés ajeno, el daño será inmediatamente *contra jus*, sin que sea necesario transitar por la comparación entre intereses contrapuestos: la conducta dañosa, de hecho, no resultará ejercicio ni de un derecho ni de una libertad, así que el sujeto que daña no podrá invocar un interés merecedor de tutela para oponer frente a la víctima del daño⁴⁷.

En conclusión, cuando un sujeto, con su acción, sobrepasa los límites o la esfera de su derecho a consecuencia de la violación del interés que fundamenta la atribución por el ordenamiento del derecho subjetivo, se dice que abusa o que hace un uso anormal del derecho mismo, razón por la cual su actividad asume carácter ilícito y el daño que deriva de la misma es antijurídico⁴⁸.

Mantiene una línea parecida a la expuesta en este artículo la STS 383/2005 de 18 mayo⁴⁹ cuando afirma que el abuso de

⁴⁴ Cfr. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 170, 171 y 178 a 180.

Dado que el abuso del derecho se sitúa en un plano lógicamente anterior a la valoración comparativa de los intereses en juego, esta construcción se aleja de la doctrina que parte de una concepción relacional del abuso, según la cual no se trataría de determinar si el ejercicio del derecho ha sido coherente con el interés a él subyacente, sino de llevar a cabo una comparación entre interés perseguido por el agente e interés que este ha lesionado con su conducta. Para esta opinión, la noción de abuso del derecho tiene una doble fuente: la proyección hacia el exterior del ejercicio del derecho, es decir, un conflicto de intereses, y una exigencia de comparación *a posteriori* entre dos esferas de intereses al objeto de determinar si el autor del daño ha ejercitado abusivamente su derecho, transformando el comportamiento formalmente *iure* del autor del daño en un comportamiento sustancialmente *non iure*. Así piensan BUSNELLI-NAVARRETTA, «Abuso del diritto e responsabilità civile», cit., pp. 104 a 107 y 112.

Una crítica a esta doctrina puede verse en RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 228 y ss.

⁴⁵ RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 240.

⁴⁶ MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 168.

⁴⁷ RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 229, nota 163.

⁴⁸ Como afirma GAMBARO, la prohibición del abuso del derecho se sustancia en una responsabilidad del titular del derecho por carecer de la inmunidad que acompaña al ejercicio de los derechos. GAMBARO, Antonio, «Abuso del diritto: II) Diritto comparato e straniero», en *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Roma, 1988, p. 1.

⁴⁹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Sentencia núm. 383/2005 de 18 de mayo –RJ 2005, 4238– [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi].

derecho exige, conforme a doctrina jurisprudencial reiterada para poder ser apreciado, que se den los requisitos de que si bien puede tratarse de una actuación *aparentemente* [cursiva nuestra] correcta, no obstante representa en realidad una *extralimitación* [cursiva nuestra] a la que la Ley *no concede protección alguna* [cursiva nuestra], generando *efectos negativos* [cursiva nuestra] (los más corrientes daños y perjuicios).

4. LA CONSTRUCCIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO DEL ABUSO DEL DERECHO DEL ARTÍCULO 7.2 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Los autores Atienza y Ruiz Manero⁵⁰ afirman que el artículo 7.2, adecuadamente interpretado, contiene las cuatro normas siguientes:

1. Una norma de mandato relativa al ejercicio de los derechos y que prohíbe toda acción (término utilizado en sentido genérico que comprende tanto las acciones positivas como las omisiones⁵¹) que constituya un abuso en el ejercicio de los mismos.
2. Una norma que confiere un poder normativo al perjudicado por una acción abusiva.
3. Una norma permisiva referida al ejercicio del poder normativo anterior.
4. Una norma de mandato dirigida a los tribunales que tiene como condición de aplicación el ejercicio del poder normativo por parte del perjudicado.

Al preguntarse dichos autores⁵² por la clase de acciones que pueden ser calificadas de abusivas, afirman que dicha cuestión admite una respuesta simple: se trata de acciones que, *prima facie*, constituyen casos de ejercicio de un derecho subjetivo y que son, por tanto, acciones, asimismo *prima facie*, permitidas, pero que finalmente resultan, en presencia de determinadas condiciones o circunstancias, prohibidas. De acuerdo con la definición, añaden, su carácter de *prima facie* permitidas proviene de una regla permisiva bajo la cual resultan subsumibles. Su carácter de finalmente, consideradas todas las circunstancias, prohibidas proviene de una restricción a la aplicabilidad de la regla que viene exigida por principios que determinan el alcance justificado de la regla misma. De modo que la figura del abuso del derecho resulta, así, un mecanis-

⁵⁰ *Ilícitos atípicos...*, cit., p. 37.

⁵¹ *Ilícitos atípicos...*, cit., p. 37, nota 4.

⁵² *Ilícitos atípicos...*, cit., pp. 38 y 58 a 61.

mo de corrección del alcance de reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, cuando la aplicabilidad de las mismas se extiende a casos en los que su aplicación resulta injustificada a la luz de los principios jurídicos que determinan el alcance justificado de las propias reglas. En definitiva, en el abuso del derecho se produce una divergencia entre el alcance de ciertas reglas jurídicas y las exigencias de los principios relevantes del sistema.

Según Atienza y Ruiz Manero⁵³, los supuestos de abuso del derecho pueden ser vistos como supuestos de laguna axiológica en el nivel de las reglas: se trata de casos que las reglas del sistema solucionan permisivamente, pero sin tomar como relevante para esa solución alguna propiedad que, de acuerdo con la hipótesis de relevancia que se deriva de los principios, sí debiera tomarse en cuenta como relevante para solucionar prohibitivamente el caso.

En conclusión, según la doctrina antes expuesta⁵⁴, en el abuso del derecho se produce una divergencia entre el alcance o ámbito de aplicación de una regla jurídica permisiva y el alcance justificado por el principio que constituye la *ratio* de la propia regla, respondiendo el abuso del derecho, el cual es visto como un supuesto de laguna axiológica⁵⁵, a la exigencia de adecuar el alcance de lo permitido a la *ratio* de la norma que atribuye el derecho⁵⁶.

Sin embargo, el argumento de la existencia de una laguna normativa no resulta correcto si se estima que la disposición que

⁵³ *Ilícitos atípicos...*, cit., p. 62.

⁵⁴ ATIENZA Y RUIZ MANERO (*Ilícitos atípicos...*, cit., pp. 28 y 29) parten del esquema conceptual elaborado por F. Schauer (SCHAUER, Frederick, *Le regole del gioco: un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 66 ss.), según el cual toda regla posee un conjunto de razones subyacentes que tarde o temprano generará el efecto supraincluyente (la regla incluye casos que no deberían estar incluidos atendiendo a su justificación subyacente) o el efecto infraincluyente (la regla no incluye casos que deberían estar incluidos a la luz de su justificación subyacente).

Afirma Pino que los defectos de la norma anteriormente descritos son normales, ya que el derecho objetivo se formula mediante reglas generales y abstractas, emanadas de una autoridad normativa, siendo inevitable que dicha autoridad normativa no consiga prever todas las hipótesis en las que el interés subyacente, que justifica la atribución de un derecho subjetivo, es efectivamente relevante. PINO, Giorgio, «Diritti soggettivi», en AA.VV., *Filosofia del diritto: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo* a cura di Giorgio Pino, Aldo Schiavello, Vittorio Villa, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013, p. 243.

También PINO («Il diritto e il suo rovescio...», cit., p. 41) considera que el abuso del derecho se asemeja mucho a una situación de suprainclusión: afirma que existen conductas que están incluidas en el ámbito de aplicación de la norma que atribuye un derecho, pero que con respecto a la justificación de aquel derecho deberían ser excluidas.

⁵⁵ Sobre el concepto de lagunas axiológicas, GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, traducción de Silvina Álvarez Medina, Colección: El Derecho y la Justicia, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 146 a 148.

⁵⁶ En la misma línea, GENTILI, Aurelio, «Il diritto come discorso», en *Trattato di Diritto Privato* a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2013, pp. 447 a 451.

prohíbe el abuso del derecho prevé una excepción a la disposición que confiere el derecho subjetivo y que, en consecuencia, ambas disposiciones son partes o fragmentos de una única norma⁵⁷.

De acuerdo con esta última construcción, las circunstancias expresamente previstas en el artículo 7.2 para determinar las hipótesis de abuso del derecho también concurren, como cualquier otro elemento de la norma completa, a definir el contenido del derecho⁵⁸. Por eso, en el abuso del derecho no cabe establecer la distinción conceptual entre el plano del derecho y el plano de su ejercicio: el comportamiento abusivo es un comportamiento no permitido o, en otras palabras, es un comportamiento disconforme con la norma que atribuye el derecho, ya que no concurre el criterio que gobierna toda norma jurídica de concordancia entre hecho (situación de interés) y efecto (prerrogativas atribuidas al sujeto)⁵⁹. El acto abusivo se aparta de las condiciones de hecho previstas por la norma para la atribución del derecho, ya que la previsión de las condiciones de hecho comprende la ausencia de las circunstancias del abuso presentes en la conducta del sujeto que actúa.

Como la norma que determina el carácter abusivo de un acto de ejercicio concurre a definir el contenido del derecho, la prohibición del abuso del derecho evidencia un límite interno a los derechos subjetivos, es decir, evidencia un límite inherente a la propia *ratio* del reconocimiento normativo de los derechos subjetivos.

Por otra parte, la afirmación según la cual el abuso del derecho responde a la exigencia de adecuar el alcance de lo permitido por la regla jurídica permisiva a su *ratio*, estableciéndose una contraposición entre tenor literal de la disposición (y el ámbito de lo permitido que delimita) y principios jurídicos que determinan el alcance justificado de la norma permisiva, tampoco parece correcta, pues,

⁵⁷ Seguimos en este punto el planteamiento de GUASTINI, Riccardo, «Teoria e dogmatica delle fonti», en *Trattato di Diritto civile e commerciale* già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, vol. I, t. I, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, p. 281, nota 31.

Supongamos, afirma GUASTINI, que una disposición D1 establece «si es A, entonces debe ser Z», y una segunda disposición D2 establece a su vez «si es B, entonces debe ser no Z». ¿Qué sucede cuando las dos circunstancias A y B se presentan juntas? Si se considera que D2 establece una excepción a D1 (*lex specialis derogat generali*), entonces la solución será D3: «Si es A y no B, entonces debe ser Z». Eso es como decir que D1 y D2 son normas incompletas, o fragmentos de una única norma: D3, esa sí completa.

⁵⁸ Hay que incluir entre los elementos que identifican el contenido del derecho la ausencia de las específicas circunstancias que convierten en abusivo el comportamiento del titular del derecho (cfr. SACCO, «L'esercizio e l'abuso del diritto», cit., p. 340).

Mantiene el mismo criterio RESTIVO (*Contributo...*, cit., pp. 134 y ss.) cuando analiza y critica la reconstrucción del abuso del derecho como una laguna de una norma permisiva.

⁵⁹ Cfr. RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 140 y 141.

como afirma un autor⁶⁰, disposición y *ratio legis* constituyen una síntesis no susceptible de división, de modo que la interpretación es un proceso unitario: la interpretación abarca el proceso de adecuación de los efectos al hecho, y en ese proceso el interés, que integra el supuesto de hecho, adquiere relevancia como criterio de conformación del contenido del derecho (es decir, del efecto).

El abuso del derecho se entiende hoy como la expresión de un necesario control normativo sobre los actos de ejercicio de los derechos subjetivos⁶¹, que limita el espacio de autonomía personal que las normas atributivas de los derechos subjetivos garantizan a cada uno, precisamente porque el sujeto construye el proyecto de acción como miembro de una comunidad y la acción proyectada está destinada a operar en la sociedad: las acciones y las decisiones de la persona pueden afectar los intereses de las demás personas o los intereses colectivos. Por ello, las cláusulas generales de la buena fe y del abuso del derecho, entre otras, que limitan intrínsecamente las situaciones subjetivas y contribuyen a la identificación de su función, son expresiones del principio de solidaridad⁶².

Los derechos subjetivos aseguran a una persona la libertad y el poder de comportarse como prefiera, dentro de ciertos límites, para la protección de los propios intereses⁶³. El abuso del derecho constituye un límite interno al ejercicio de los derechos subjetivos que precisa o delimita el significado de la discrecionalidad del sujeto que actúa, en el sentido de que el titular del derecho goza de libertad de elección de los medios idóneos para conseguir una utilidad, pero no goza de libertad de elección del fin a realizar, puesto que la indicación de los fines es prerrogativa del ordenamiento⁶⁴.

Por último, la coherencia sugiere no hablar de abuso de un derecho para indicar un comportamiento ya expresamente prohibido⁶⁵. Piénsese, por ejemplo, en la disciplina del usufructo. Según el

⁶⁰ RESTIVO, Carmelo, «Recensione a “Manuel Atienza-Juan Ruiz Manero”, Illeciti atipici. L’abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere», en *Europa e Diritto Privato*, 2/2005, p. 576.

⁶¹ Así lo señala PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, tomo II, *Interpretazione sistematica e assiologica. Situazioni soggettive e rapporto giuridico*, terza edizione del tutto rinnovata e corredata di note, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 643.

⁶² Cfr. PERLINGIERI, *Il diritto civile...*, tomo II, cit., p. 642.

⁶³ ROSS, Alf, *Diritto e giustizia*, introduzione e traduzione di Giacomo Gavazzi, 2.ª ed., Torino, Giulio Einaudi editore, 1965, p. 167.

⁶⁴ Así, VILLELLA, Aquila, *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, Università degli Studi di Salerno-Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto-Sezione di Diritto civile e Diritto civile comunitario, 4, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 82 y 83.

⁶⁵ SACCO, «L’esercizio e l’abuso del diritto», cit., p. 320.

En el lenguaje jurídico, afirma Gambaro («Abuso del diritto...», cit., p. 1), la violación de un deber no es nunca denominada abuso.

Código civil italiano (art. 981), el usufructuario tiene la facultad de gozar del bien, pero no puede modificar su destino económico; según el Código civil español (art. 467), el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia. La prohibición de modificar el destino económico, según la fórmula italiana, o la forma y sustancia, según la fórmula española, del bien usufructuado constituye un límite a la actividad de goce del usufructuario, ya que determina la amplitud de la actividad de goce permitida⁶⁶. El acto con el que el usufructuario altera o modifica el destino, la forma o la sustancia del bien es un acto ilícito inmediatamente detectable a través de la comparación entre hecho y esquema normativo del usufructo, sin que sea necesario llevar a cabo una valoración en concreto y *a posteriori* del interés concretamente perseguido por el usufructuario⁶⁷.

5. LOS CRITERIOS LEGALES CON BASE EN LOS CUALES EL INTERPRETE PUEDE VALORAR SI LA CONDUCTA DEL SUJETO TITULAR DEL DERECHO SUBJETIVO ES ABUSIVA

Nuestro Código civil enumera los elementos que, concurriendo en el comportamiento del sujeto que actúa su derecho, pueden determinar el abuso: *intención* del autor⁶⁸, *objeto* del acto y *circunstancias* en que se realice.

Es conocido que nuestro Tribunal Supremo se refiere: por un lado, a las hipótesis subjetivas de intención de perjudicar o de ausencia de finalidad seria y legítima; por otro lado, a la hipótesis objetiva de exceso en el ejercicio del derecho.

Siguiendo la línea jurisprudencial señalada, Atienza y Ruiz Manero⁶⁹ afirman que quedan fuera del alcance de la autonomía digna de ser protegida tanto las acciones orientadas a dañar los

⁶⁶ Según RIVERO, la palabra obligación que emplea el artículo 467 del Código civil español es un término impropio, ya que, en su opinión, el principio del *salva rerum substantia* no es tanto obligación en sentido técnico cuanto un elemento estructural del usufructo, un límite institucional del *ius fruendi*, un no poder más que una obligación. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El usufructo*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 307.

⁶⁷ Véase sobre este asunto, RESTIVO, *Contributo...*, cit., pp. 131 a 133.

En sentido contrario al expuesto, CATALÀ afirma que el incumplimiento del deber de conservación del artículo 467 implica un abuso por parte del usufructuario. CATALÀ ROS, Rosa, *El abuso del usufructuario: análisis del artículo 520 del Código civil*, Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A., 1995, p. 13.

⁶⁸ Como es sabido, el criterio de la intención de perjudicar a otros tiene su origen en la elaboración del modelo medieval de la *aemulatio*.

Afirma MARTÍN BERNAL (*El abuso del derecho...*, cit., p. 21) que toda la teoría del abuso del derecho tiene tras sus espaldas la teoría de los actos de emulación.

⁶⁹ *Ilícitos atípicos...*, cit., p. 56.

intereses de otros como aquellas otras en las que, aun persiguiendo el sujeto sus propios intereses, el daño causado a otros sujetos aparece como excesivo o anormal⁷⁰.

Esta opinión ha sido objeto de crítica⁷¹ por valorar el ejercicio abusivo del derecho de manera diferente: en la hipótesis de ejercicio del derecho con la intención de perjudicar, o sin un fin serio y legítimo, la acción del sujeto se valora como abusiva antes del contacto de la acción con la esfera de intereses ajenos; en la hipótesis de ejercicio del derecho que ocasiona a los terceros un daño excesivo o anormal, el abuso se presenta en una perspectiva relacional, ausente en la primera hipótesis, puesto que el abuso aparece como el resultado de una valoración comparativa de dos intereses, el perseguido por el autor de la conducta y el perjudicado. Si los propios autores⁷² que mantienen la opinión criticada parten de la base de que el espacio de autonomía personal que las normas atributivas de derechos garantizan al sujeto solamente puede concebirse si el sujeto puede tomar libremente sus decisiones dentro del espacio reconocido para realizar sus propios intereses sin necesidad de valorar cómo puedan afectar esas decisiones a los intereses ajenos, parece contradictorio que se pueda calificar de abusiva una acción que está contenida en el ámbito justificado de la norma permisiva solamente porque produce un daño excesivo o anormal.

Creemos que nuestro Código civil establece en el artículo 7.2 una clara separación entre el acto que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho y el daño para tercero. Según nuestro punto de vista, la valoración negativa de la actividad del sujeto titular del derecho por sobrepasar los límites normales del derecho se sitúa en un momento lógicamente previo al de la incidencia de la actividad en la esfera jurídica de un tercero. Ahora bien, para que la conducta abusiva sea jurídicamente relevante se requiere que se produzca la lesión o el daño para un tercero, requisito que expresa la íntima esencia de la experiencia jurídica, la cual presupone siempre el encuentro entre dos esferas de intereses y halla su razón de ser en la exigencia de prevenir o resolver su conflicto⁷³.

⁷⁰ Según los mismos autores (*Ilícitos atípicos...*, cit., p. 56, nota 9), cuando el daño causado a intereses de otros sujetos resulte excesivo o anormal, la acción deja de estar dentro del alcance justificado del principio de autonomía, pues la determinación del alcance justificado del principio de autonomía no puede trazarse de manera enteramente insensible al daño causado a intereses de otros.

⁷¹ Seguimos en este punto a RESTIVO, «Recensione a “Manuel Atienza-Juan Ruiz Manero”...», cit., pp. 573 a 575.

⁷² ATIENZA Y RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos...*, cit., p. 55.

⁷³ RESTIVO, *Contributo...*, cit., p. 240.

La frase «con daño para tercero» del artículo 7.2 significa que el carácter abusivo de la conducta del sujeto solamente es jurídicamente relevante cuando dicha conducta, al proyectarse hacia el exterior, lesiona el interés de un tercero. Este perfil intersubjetivo, que, como se ha observado anteriormente, representa únicamente un momento ulterior en la apreciación de la dinámica abusiva, pone de relieve que el abuso del derecho es también una regla de comportamiento entre sujetos, ya que el ordenamiento impone a los sujetos gestionar de manera correcta las situaciones de las que son titulares, pero sin olvidar que el abuso del derecho es primeramente una relación entre el sujeto que ejercita un derecho y la norma jurídica que le permite ejercitarlo. En el abuso del derecho no se plantea un problema de honestidad del comportamiento, sino de conformidad jurídica entre ejercicio del derecho e interés para la realización del cual el derecho se ha constituido⁷⁴.

Siguiendo el texto legal, el ejercicio extralimitado de un derecho (el ejercicio sobrepasa los límites normales de un derecho) puede inferirse tanto de la circunstancia subjetiva de la intencionalidad del sujeto que actúa su derecho como también de las circunstancias objetivas del ejercicio, siempre que las circunstancias que acompañan a la conducta realizada pongan de manifiesto que el comportamiento concreto del sujeto titular del derecho carece de justificación en el plano causal. Se trata en última instancia de llevar a cabo una valoración de la función concreta desarrollada por el acto, lo que nos sitúa en la perspectiva dinámica de la realización de un determinado interés. Por eso la valoración recae sobre los resultados producidos por el acto: el acto es abusivo porque no presenta otro fin —en el sentido objetivo del término— que el de perjudicar o producir molestia a otro.

En el abuso del derecho hay que valorar si la interferencia dañosa en la esfera jurídica ajena está o no justificada. Es evidente que dicha interferencia no está justificada cuando el sujeto tiene la intención de perjudicar al tercero, pero tampoco lo está cuando, aun no concurriendo dicho elemento intencional, el sujeto debió renunciar a la realización del acto perjudicial para otro sujeto, tomando en consideración las concretas modalidades y circunstancias (tiempo, lugar, ocasión, etc.) del ejercicio de las prerrogativas.

El abuso del derecho establece un límite a la libertad del sujeto de elegir las formas de ejercicio de su derecho, puesto que dicho ejercicio debe desenvolverse en armonía con los intereses de los demás. La actividad abusiva del titular del derecho constituye en sí misma una desviación del programa normativo del derecho subjetivo

⁷⁴ Cfr. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 187.

(por ejemplo, en el artículo 348 del Código civil español la propiedad se define como «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes»), al tratarse de una actividad no prevista en el referido programa (la actividad no forma parte del contenido de la libertad reconocida al sujeto): el sujeto elige para la ejecución del programa una actividad que impone (fin o función) un injustificado sacrificio al prójimo, realizando un interés egoísta extraño al contenido del derecho (si es el de propiedad, la *utilitas* que el propietario persigue no guarda ninguna relación con el goce del bien; la actividad concreta no constituye una modalidad del goce). Como se ha dicho⁷⁵, si es verdad que, por ejemplo, entra abstractamente dentro del poder del propietario plantar árboles en su fundo, concretamente el ejercicio de tal poder puede integrar los extremos de un comportamiento abusivo cuando el acto no tenga otro fin que perjudicar o causar molestia a otros sujetos.

En definitiva, el artículo 7.2 del Código civil afirma la exclusión de aquellos comportamientos que se consideran extraños a la lógica que preside la atribución de los derechos subjetivos. Tales comportamientos no constituyen actos de ejercicio de los derechos subjetivos.

Si el acto de ejercicio es la manifestación del derecho que lo prevé en abstracto, afirmar que el interés concretamente perseguido por el sujeto no es merecedor de protección por desviarse del interés tutelado por el ordenamiento jurídico es lo mismo que decir que el interés perseguido por el sujeto no es merecedor de realizarse por inexistencia del derecho a realizarlo. Pero como el sujeto lo realiza, la reacción del sistema se traduce en impedir al sujeto a quien se imputa el comportamiento abusivo conseguir o conservar los resultados o las ventajas obtenidas a través del acto abusivo.

Por último, hay que señalar que los términos en que aparecen redactados los criterios legales para juzgar como abusiva la conducta del sujeto otorgan al juez una amplia discrecionalidad a la hora de aplicar la fórmula abuso del derecho, puesto que en última instancia la valoración judicial deberá efectuarse en contacto directo con el caso concreto⁷⁶.

⁷⁵ VILLELLA, *Per un diritto comune...*, cit., p. 83.

⁷⁶ Según PINO («Il diritto e il suo rovescio...», cit., pp. 41 y 42), salvo que la prohibición del abuso vaya acompañada de una analítica indicación de los criterios a la luz de los cuales valorar como abusiva la conducta del sujeto, la fórmula encuentra su aplicación por la vía esencialmente interpretativa, y ello tanto en los ordenamientos en los que el abuso es solamente una construcción doctrinal y jurisprudencial como en los ordenamientos en los que está expresamente previsto a nivel legislativo.

La STS 63/1999 de 6 febrero se refiere al punto señalado en los siguientes términos: «La doctrina del abuso de derecho es uno de los conceptos denominados concepto jurídico indeterminado o concepto “válvula”, que, por ello, no puede ser conceptuado apriorísticamente, sino que es preciso delimitarlo caso por caso, por lo que habrá de ser muy cui-

Por tanto, situados en el plano de la política legislativa, el problema del abuso del derecho se reduce en la medida en que la ley impone la tipicidad de las causas de ejercicio de los derechos⁷⁷, no dando margen para una investigación *a posteriori* de los intereses concretos perseguidos por los sujetos en el uso de las facultades o de los poderes que les son atribuidos.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan: *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- BARCELLONA, Pietro: «Il problema del rapporto fra soggetto e ordinamento», en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. I, t. 1, *Diritto civile*, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della Università di Messina, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1978, pp. 45 ss.
- BIGLIAZZI GERI, Lina: «Buona fede nel diritto civile», en *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, 4.ª ed., vol. II, Torino, Utet, 1988, pp. 154 ss.
- BUSNELLI, Francesco Donato e NAVARRETTA, Emanuela: «Abuso del diritto e responsabilità civile», en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, pp. 77 ss.
- CATALÀ ROS, Rosa: *El abuso del usufructuario: análisis del artículo 520 del Código civil*, Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A., 1995.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos: *La moderna configuración de la doctrina del abuso del derecho*, 1.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- FEMIA, Pasquale: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, 80, a cura di Pietro Perlingieri, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.
- GAMBARO, Antonio: «Abuso del diritto: II) Diritto comparato e straniero», en *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Roma, 1988, pp. 1 ss.
- GENTILI, Aurelio: «Il diritto come discorso», en *Trattato di Diritto Privato* a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2013.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo I, vol. 1.º (artículos 1 a 7 del Código civil), 2.ª ed., Madrid, Ederesa, 1992, sub art. 7, pp. 862 ss.

dadoso el órgano juzgador al resolver la contienda judicial en la que se hubiera planteado la cuestión». España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 63/1999 de 6 de febrero –RJ 1999, 642– [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi].

Por su parte, CUADRADO PÉREZ (*La moderna configuración...*, cit., p. 71) afirma que nuestro legislador simplemente ha ofrecido una descripción de lo que debemos entender por conducta que incurre en abuso del derecho. Añade que la labor más importante es ejercida por los juzgadores, quienes habrán de delimitar, caso por caso y con el asidero legal, la línea divisoria entre las conductas abusivas y las que no lo son. Serán ellos quienes doten de un significado preciso, en cada supuesto de hecho, a los conceptos jurídicos indeterminados que colman el escenario de la teoría del abuso del derecho.

⁷⁷ RESCIGNO, «L'abuso del diritto», cit., pp. 256, 257 y 267.

- GIORGIANI, Michele: «Causa (dir. priv.)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, Milano, 1960, pp. 547 ss.
- GUARINO, Giuseppe: *Potere giuridico e diritto soggettivo*, ristampa (estratto da «Rassegna di Diritto Pubblico», N. 3-4, 1949), Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1990.
- GUASTINI, Riccardo: «Teoria e dogmatica delle fonti», en *Trattato di Diritto civile e commerciale* già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, vol. I, t. 1, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.
- *Interpretar y argumentar*, traducción de Silvina Álvarez Medina, Colección: El Derecho y la Justicia, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- LA TORRE, Massimo: *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Seminario Giuridico della Università di Bologna, CLXVII, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1996.
- LOSURDO, Federico: *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Università degli Studi di Urbino «Carlo Bo»-Dipartimento di Studi su Società, Politica e Istituzioni, Sezione di Studi europei «Anna Maria Battista», Critica Europea, 9, Collana diretta da Antonio Cantaro, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011.
- MAIORCA, Carlo: «Proprietà e anti-giuridicità», en *Rivista di Diritto Civile*, 1941, pp. 5 ss.
- MARTÍN BERNAL, José Manuel: *El abuso del derecho: (Exposición, descripción y valoración del mismo)*, Madrid, Editorial Montecorvo, S. A., 1982.
- MESSINA, Mara: *L'abuso del diritto*, Collana: Il Diritto come Garanzia, 2, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.
- MICARI, Giuseppe: «La teorica del rechtsmissbrauch nell'ordinamento giuridico italiano: rapporti con la buona fede e gli atti leciti dannosi», en *Giustizia Civile*, Vol. LV, 2005, Parte Seconda, pp. 357 ss.
- NATOLI, Ugo: *Il diritto soggettivo*, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della R. Università di Messina, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1943.
- «Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, pp. 18 ss.
- NIGRO, Casimiro A.: «Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)»-note a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, en *Giustizia Civile*, Vol. LX-Novembre 2010, fascicolo 11, Parte Prima, pp. 2547 ss.
- ORESTANO, Riccardo: «Diritti soggettivi e diritti senza soggetto», en *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 113 ss.
- PATTI, Salvatore: «Abuso del diritto», en *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, 4.^a ed., vol. I, Torino, Utet, 1987, pp. 1 ss.
- PERLINGIERI, Pietro: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Tomo II, *Interpretazione sistematica e assiologica. Situazioni soggettive e rapporto giuridico*, terza edizione del tutto rinnovata e corredata di note, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- PINO, Giorgio: «Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto», en *Rivista Critica del Diritto Privato*, Marzo 2004, pp. 25 ss.
- «Diritti soggettivi», en AA. VV., *Filosofia del diritto: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo* a cura di Giorgio Pino, Aldo Schiavillo, Vittorio Villa, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013, pp. 220 ss.

- RESCIGNO, Pietro: «L'abuso del diritto», en *Rivista di Diritto Civile*, 1965, Parte Prima, pp. 205 ss.
- RESTIVO, Carmelo: «Recensione a “Manuel Atienza-Juan Ruiz Manero”, Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere», en *Europa e Diritto Privato*, 2/2005, pp. 571 ss.
- *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Università di Palermo-Facoltà di Giurisprudenza, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Eficacia general de las normas jurídicas», en *Comentarios al Código civil*, I, *Título Preliminar*, coordinador Joaquín Rams Albesa, Barcelona, José M.^a Bosch, editor-Librería Bosch, S.L., 2000, pp. 171 ss.
- *El usufructo*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2010.
- ROCA JUAN, Juan: *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., sub art. 7.2, pp. 371 ss.
- ROSS, Alf: *Diritto e giustizia*, introduzione e traduzione di Giacomo Gavazzi, 2.^a ed., Torino, Giulio Einaudi editore, 1965.
- SACCO, Rodolfo: «L'esercizio e l'abuso del diritto», en AA.VV., *La parte generale del Diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, en *Trattato di Diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, Torino, Utet, 2001, pp. 279 ss.
- SALVI, Cesare: «Abuso del diritto: I) Diritto civile», en *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Roma, 1988, pp. 1 ss.
- SCHAUER, Frederick: *Le regole del gioco: un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2000.
- VILLELLA, Aquila: *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, Università degli Studi di Salerno-Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto-Sezione di Diritto civile e Diritto civile comunitario, 4, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.



El equilibrio «normativo» del consumidor entre las tutelas consolidadas y los nuevos derechos

VITULIA IVONE

Professore associato di Istituzioni di diritto privato
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Unviersità degli etudi di Salerno

RESUMEN

El trabajo centra su atención en los remedios que las últimas novedades del Código de consumo se introducen en la protección al consumidor en el sistema jurídico italiano. En la primera parte, se desarrollan consideraciones, a fin de ordenar la idoneidad de las normas existentes, especialmente en el Código de Consumo de 2005 y sus modificaciones, así como el análisis de la categoría jurídica de la class action –en la segunda parte– para realizar una protección efectiva y eficaz del consumidor a través de mecanismos procedimentales de ágil acceso.

PALABRAS CLAVE

Consumidor, información, contratos.

ABSTRACT

The work focuses on the remedies that the latest Consumer Code are introduced into consumer protection in the Italian legal system. In the first part, considerations are developed, to order the adequacy of existing standards, especially in the Consumer Code of 2005, as amended, and the analysis of the legal status of the class action –in the second part– for effective protection of the consumers through procedural mechanisms for quick access.

KEY WORDS

Consumer, information, contracts.

SUMARIO: 1. *La evolución de la figura del consumidor en el sistema jurídico italiano: desde 1980 a 2005.* 1.1 La fisonomía (y los derechos) del consumidor. 1.2 La tutela de la salud. 1.3 El derecho a la seguridad y a la calidad de los productos y servicios. 1.4 La educación al consumo. 1.5 El derecho a la transparencia y a la equidad en las relaciones contractuales. 1.6 El derecho a la promoción y al desarrollo de la asociación libre, voluntaria y democrática entre los consumidores.—2. *El Código de Consumo de 2005.* 2.1 El contenido del Código de Consumo de 2005. 2.2 Aspectos críticos del nuevo dispositivo.—3. *Tímidos pasos de la categoría jurídica de la «class action».* 3.1 El procedimiento para la tutela de los intereses de los consumidores. 3.2 Actuales perfiles de la *class action* en Italia.—4. *El Decreto Legislativo de 21 de febrero de 2014, n. 21.*—5. *Los derechos de información precontractual y la tutela en los casos de contratos celebrados a distancia y de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.*

1. LA EVOLUCIÓN DE LA FIGURA DEL CONSUMIDOR EN EL SISTEMA JURÍDICO ITALIANO: DESDE 1980 A 2005

En Italia, la protección al consumidor ha presenciado la multiplicación de las fuentes del contrato, en la perspectiva de armonización, incrementando la exigencia de reconocimiento, incluso valorativa, de la definición de consumidor en Italia¹.

¹ La literatura en la materia es infinita: pueden citarse algunos de los trabajos que son los más significativos sobre el tema: G. DE NOVA, *La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole standard abusive*, in *Contratti*, 1993, p. 356; G. ALPA, *Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori*, in *Contratti*, 1994, pp. 115 ss.; V. BUONOCORE, *La direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 sulle «clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori» e la disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria (leasing, factoring e credito al consumo)*, in *Banca e Borsa tit. cred.*, 1994, I, p. 460; V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 282; S. PATTI, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, in *Contratto e Impresa*, 1995, p. 373; R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 536; AA.VV., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. Barengi, Napoli, 1996; V. CARBONE, *La tutela del consumatore: le clausole abusive*, in *Corr. giur.*, 1996; G. CIAN, *Il nuovo Capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium Iuris*, 1996, p. 411 e pp. 415 s.; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano 1996; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, pp. 145 ss.; V. ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur. Treccani, Agg.*, VI, Roma, 1996; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pp. 403 ss.; AA.VV., *Commentario al Capo XIV Bis del Codice Civile: Dei contratti del consumatore (artt. 1469-bis – 1469-sexies)*, *Nuove leggi civili commentate*, a cura di C. M. Bianca e F. D. Busnelli, Padova, 1999; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole abusive*, Napoli, 1999; G. ALPA, *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Milano, 2001; Id., *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002; AA.VV., *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, in *Commentario al codice civile fondato da P. Schlesinger e diretto da Busnelli*, Milano, 2003; L. BONFIGLIO,

Dicha figura comienza a delinarse a finales de 1980 como protección de la salud física de la persona. El Decreto del Presidente de la República de 24 de mayo de 1988 núm. 224, en aplicación de la Directiva CEE 85/374, establece, por primera vez, la responsabilidad del productor por daños causados por productos defectuosos².

La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione, in Riv. Dir. Priv., 2004, pp. 896 ss.; AA.VV., *I contratti dei consumatori*, I, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, in Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2005; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 2005, pp. 555 ss.; M. DONA, *Il codice del consumo. Regole e significati*, Torino, 2005; M. NUZZO, *Dei contratti del consumatore in generale, Commento agli artt. 33-38*, in Codice del consumo, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, pp. 249 ss.; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, pp. 128 ss.; A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in Contratti, 2006, pp. 159 ss.; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, Gli artt. 1341, 1342 e 1370, in Trattato del contratto diretto da V. Roppo, vol. IV, Rimedi -1, Milano, 2006, pp. 485 ss.; G. SCIANCALEPORE, *Artt. 33-38*, in *Commentario al Codice del consumo a cura di P. Stanzone-G. Sciancalepore*, Milano, 2006; F. LUCCHESI - A. GORGONI - S. MEUCCI - G. PASSAGNOLI, *Dei contratti del consumatore in generale, Commento agli artt. 33-38*, in Codice del consumo, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007, pp. 223 ss.; AA.VV., *I contratti del consumatore – Commentario al codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, a cura di Cesàro, Padova, 2007; A. BARENGHI, *Dei contratti del consumatore in generale, Commento agli artt. 33-38*, in Codice del consumo a cura di V. Cuffaro, II edizione, Milano, 2008; L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, in Temi di diritto privato, Milano, 2008; S. ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in Obbligazioni e contratti, 2009, 4, pp. 345 ss.; V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in Corriere giur., 2009, pp. 267 ss.; G. VETTORI, *Diritto privato ordinamento comunitario*, Milano, 2009, pp. 133 ss.; M. MANTOVANI, *Le «nullità di protezione» nella tassonomia dei rimedi*, in Studi in onore di Giorgio Cian, Padova, 2010, pp. 1619 ss.; A. MUSIO, *Il giudizio di abusività tra buona fede e ragionevolezza*, in www.comparazionedirittocovile.it, 2013; A. QUERCI, *Le novità introdotte nel Codice del consumo dal d.l. 1/2012 ed il ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela contro le clausole vessatorie*, in Contratto e impresa, 2013, 2, pp. 446 ss.; C. DALIA, *La procedura di conciliazione per la risoluzione delle controversie tra imprese e consumatori in materia di clausole abusive*, in Persona e Mercato, 4, 2014; F. P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in Contratti, 2014, 8-9, pp. 741 ss.; L. VALLE, *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, in Contratto e impresa Europa, 2014, pp. 105 ss.; C. GRANELLI, *«Diritti dei consumatori» e tutele nella recente novella del Codice del consumo*, in I Contratti, 1, 2015.

² La primera acción comunitaria realizada en este campo se puede advertir en el Tratado de Roma (que entró en vigor el 1 de enero 1958). De hecho, tras la entrada en vigor del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la Unión Europea ha adoptado un estándar común para la protección de la competencia. Recuérdese, también, la indicación contenida en la *Carta Europea de Protección del Consumidor*, aprobado por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa con la Resolución 543/1973. *Consumidor*, en ese caso, es la «persona o entidad a la que los bienes son vendidos o servicios prestados para su uso privado.» Cfr. G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma, 2002, pp. 21 ss. El Decreto Presidente de la Republica 24 maggio 1988 n. 224, se aplica la Directiva 85/374 CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a la responsabilidad de los productos defectuosos, de conformidad con el art. 15 de la ley 16 de abril 1987 n. 183 (*DO I46 de 23.6.1988 - Supl Ordinario n 56*), que consideraba responsable por el agravio extracontractual causado por un producto defectuoso al fabricante; para la calificación de esa responsabilidad, ya sea objetiva o al menos basada en la culpa, hubo diferencias doctrinales, destacadas por la propia Comisión, para estudiar la elaboración del esquema de la ley, según la cual la aplicación de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, de 07/25/85 relativa a la responsabilidad por productos defectuosos, que había dictado la disciplina analítica de la responsabilidad

En lo sucesivo, con el d.lgs. de 15 de enero de 1992 núm. 50, en aplicación de la Directiva 85/577/CEE, son introducidas las garantías para el consumidor que celebra el contrato fuera del establecimiento mercantil, con exclusión de aquellos contratos que tengan por objeto bienes inmuebles, la confección de productos alimenticios, y los contratos de seguros y financieros³.

La Ley de 6 de febrero de 1996 núm. 52, en aplicación de la Ley comunitaria de 1994, introdujo, en el Código Civil italiano, los artículos 1469 *bis* y siguientes, en relación al tema de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con el consumidor. Con dicha normativa, se tiene el propósito de proteger al usuario de modo efectivo: se reconoció a las asociaciones de consumidores y a las Cámaras de Comercio la acción inhibitoria para evitar que el profesional pudiera continuar utilizando, en las condiciones generales del contrato, las cláusulas declaradas como abusivas. Pero, se trata de una tutela negativa del consumidor, es decir, de una normativa dictada solo para evitar que la persona sufra un daño derivado del poder contractual del empresario. Para llegar a una tutela positiva, a los «derechos esenciales» del consumidor, es necesario prestar atención, primero, a la Ley de 30 de julio de 1998 núm. 281 (la c.d. ley marco sobre los derechos de los consumidores) y luego, al d.lgs. de 2 de febrero de 2002 núm. 24 sobre c.d. las garantías pos-venta⁴.

1.1 LA FISONOMÍA (Y LOS DERECHOS) DEL CONSUMIDOR

La primera tarea de intervención comunitaria sobre el tema puede señalarse en la *Carta europea de protección de los consumidores*, aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa con la resolución núm. 543/1973. En dicha sede, el consumidor es la «persona, física o moral a la cual son vendidos bienes, o le son provistos servicios para uso privado»⁵.

del fabricante, sin culpa, de las evaluaciones de razonabilidad a menudo implícitas en la sentencia del carácter defectuoso del producto, visto como no aptos para ofrecer la seguridad que una persona tiene derecho esperar. Cualesquiera que sean las calificaciones de la responsabilidad varían de acuerdo a las situaciones individuales y para la forma particular en que se infligió el daño, la regla básica (art. 1) del Decreto Presidencial 1988 declaró al productor responsable por los daños causados por los defectos de su producto, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o inmueble, con exclusión de los productos agrícolas y el ganado que no se han sometido a transformaciones (art. 2).

³ Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50, in attuazione della direttiva n. 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (*GU n.27 del 3-2-1992 - Suppl. Ordinario n. 22*).

⁴ G. ALPA, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in Dig. Sez. Civ., III, Torino, 1988, p. 545; V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267.

⁵ G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma, 2002, pp. 21 ss.

Los derechos de los consumidores, definidos como «fundamentales», se encuentran taxativamente enumerados en el artículo 2 del Código del Consumo, y son los derechos que tutelan la salud, la seguridad y la calidad de los productos y de los servicios, tutelan la adecuada información y la correcta publicidad, el ejercicio de las prácticas comerciales según los principios de buena fe y de corrección y lealtad, la educación para el consumo, la corrección, la transparencia y la equidad en las relaciones contractuales, a la promoción y desarrollo de las elecciones de asociacionismo libre, voluntario y democrático entre consumidores y usuarios, a la prestación de servicios públicos según standard de calidad y eficiencia. El alcance realmente innovador de esta previsión del artículo 2 del Código de Consumo se encuentra, incluso, reconocida en el plano de los remedios elaborados para el caso de una eventual violación por parte del profesional. Con la expresa previsión normativa de la enumeración de los derechos de los consumidores, reconociéndose por primera vez la tutela jurisdiccional no solo para los derechos que se refieren a la persona como individuo, sino también a aquellos que se refieren a la persona como miembro de las formaciones sociales en las cuales se desarrolla su personalidad⁶. La enumeración de los derechos específicos, independientemente del hecho de ser considerados enumerados en modo más o menos exhaustivo, individualiza los elementos de base de una plena tutela del consumidor, como tal insuprimible, y al mismo tiempo parece superar el concepto de intereses colectivos o difusos, elevando expresamente las posiciones del consumidor, en los ámbitos enumerados al rango de verdaderos y propios derechos subjetivos, garantizando en consecuencia la tutela individual o colectiva. La enunciación de los derechos de los consumidores deriva directamente de la actuación de las políticas Comunitarias Europeas, que han traído, incluso a Italia, la ratificación de los cinco derechos fundamentales de los consumidores, establecidos a nivel comunitario: la tutela de la salud y de la seguridad de los consumidores (según la cual en el mercado pueden encontrarse inmersos solo productos que no presenten peligros para la salud y la seguridad de los consumidores), la tutela de los intereses económicos de los consumidores (que establece la prohibición de publicidad engañosa y de las formulaciones engañosas en los contratos concluidos por los consumidores), el derecho del consumidor a la información y a las instrucciones adecuadas (según el cual los consumidores deben ser informados para poder elegir entre los varios servicios ofrecidos, presentándose, de este modo necesaria una adecuada y objetiva

⁶ G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Persona e Mercato*, 1, 2015, p. 5.

información sobre las características y sobre los precios de los productos), el derecho al resarcimiento (en cuanto los consumidores deben poder contar con el asesoramiento y asistencia para obtener el resarcimiento por productos defectuosos, o por daños resultantes del uso de bienes y servicios, siendo fundamental que estas consultas sean de fácil utilización) y el derecho a la representación y a la participación (garantizada por los representantes de los consumidores, los cuales deben participar en el proceso decisional por cuestiones que les interesen, a nivel local, nacional o comunitario).

1.2 LA TUTELA DE LA SALUD

El derecho a la tutela de la salud, ya reconocido y garantizado por la Constitución Republicana en el artículo 32 como derecho fundamental para el individuo y para el interés de la comunidad, es específicamente reafirmado entre los derechos de los consumidores, en referencia al consumo de bienes o productos y al derecho al uso de los servicios. Sin embargo, el derecho previsto por el Código de Consumo es cosa diferente del derecho a la salud, consagrado en el artículo 32 de la Constitución: el derecho del citado artículo 32 de la Constitución se sustancia, de hecho, en el derecho a no sufrir una lesión en la integridad psico-física (salud), mientras que el derecho previsto por el artículo 2 del Código de Consumo consiste en el derecho a la tutela de la salud; es decir, a la «protección» de sí mismo, o dicho de otro modo, a que la salud no sea puesta en peligro. De este modo, en el ordenamiento nacional italiano, la salud goza de una tutela no solo directa, es decir tendente a favorecer el restablecimiento de las condiciones de integridad física y mental que han llegado a faltar por cualquier razón, sino que incluso, de modo indirecto, tiende a prevenir que se creen situaciones más propiamente definidas como peligrosas que amenazan de algún modo (o que hayan elevado la probabilidad de dañar) la salud de los individuos previstos como consumidores. La norma expone un principio general (que prescinde de la existencia de una normativa sectorial) que tiene como único límite aquél que deriva de la evolución de los conocimientos técnicos y científicos. Por ejemplo, en el ámbito de la salud se encuentran muchas situaciones: educación sanitaria adecuada, higiene de los alimentos, de las bebidas, de los productos y sobrantes de origen animal, prevención y defensa sanitaria de los criaderos y control de su alimentación, experimentación, producción, entrada en el comercio y distribución de los fármacos y de la información científica sobre los mismos dirigida a asegurar la eficacia terapéutica, la no nocividad y ser el pro-

ducto no económico, posibilidad de vivir en un ambiente sano, uso de estructuras sanitarias según *standard* de eficiencia y eficacia⁷.

1.3 EL DERECHO A LA SEGURIDAD Y A LA CALIDAD DE LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS

En lo que respecta al derecho a la seguridad y a la calidad de los productos y de los servicios, dicho derecho indica la exigencia de que cada producto comercializado sea seguro; es decir, que en condiciones de uso normales, sea razonablemente previsible que no presente ningún riesgo, o que presente riesgos reducidos, compatibles con su uso y considerados aceptables según un elevado nivel de tutela de la salud y de la seguridad de los consumidores. Un producto es considerado seguro, si es conforme a las disposiciones específicas relativas a la seguridad: a tal fin existe toda una serie de normas referentes a algunas categorías de productos específicos (como los juguetes, los ascensores, los explosivos para uso civil, los dispositivos médicos, y otros). A falta de tales regulaciones, un producto es seguro cuando responde a una legítima expectativa de seguridad del consumidor que utiliza el producto en condiciones normales o razonablemente previsibles. Algunos criterios permiten verificar si esa condición se satisface. La posibilidad de llevar a cabo controles a nivel nacional, pero coordinados a nivel europeo, efectivos y eficaces, constituye una condición esencial para garantizar un nivel de seguridad elevado.

1.4 LA EDUCACIÓN AL CONSUMO

Las informaciones para el consumidor deben ser adecuadas a la técnica de comunicación empleada y deben ser expresadas en modo claro y comprensible, con el propósito de asegurar el conocimiento del consumidor, y en todo caso, deben comprender las indi-

⁷ F. BETTINI, *Responsabilità per danno da prodotti difettosi e diritto alle informazioni sugli effetti collaterali dei farmaci*, in *Danno e Resp.*, 6, 2015, p. 570: con la decisión de la *Sez. IV*, 20 noviembre 2014, *causa C-310/13 - Novo Nordisk Pharma c. S.*, la *Corte di Giustizia*, llamada a pronunciarse sobre el ámbito de aplicación de la directiva en materia de responsabilidad por daño de productos defectuosos, habiendo instituido que ésta no obstaculiza la aplicación de una normativa nacional, pre-existente a la directiva y modificada sucesivamente a la fecha de su notificación, que introduzca un régimen especial de responsabilidad, y en particular de una normativa interna que prevea el derecho del consumidor a requerir al productor del fármaco informaciones sobre los efectos colaterales del producto. Partiendo de la interpretación de la Corte, la autora se apoya sobre la cuestión de la armonización total, reconstruyendo, gracias a algunos precedentes de la Corte la posición de los jueces de Luxemburgo sobre el tema.

caciones en materia de seguridad, composición y calidad de los productos⁸. Acompaña al derecho a una correcta publicidad, y en cierto modo lo completa, el sucesivo derecho al ejercicio de las prácticas comerciales según los principios de buena fe, de corrección y de lealtad, que, en línea general, puede ser definido (en sentido pasivo) como la obligación de no dar al consumidor indicaciones que puedan alterar sensiblemente su capacidad de elección, «induciéndolo de este modo a asumir una decisión de naturaleza comercial que de otro modo no habría tomado». Este nuevo «derecho fundamental», encuentra su actuación específica a través de las reglas de los artículos 18 y ss. del Código del Consumo, significando la importancia de la temática que reviste aspectos transversales y completos de la tutela de los consumidores, y va más allá del significado restringido de publicidad o de comunicación comercial. De hecho, en el caso en especie, la más amplia noción de «práctica comercial» incluye aquella de la «correcta publicidad»⁹.

El derecho a la educación al consumo, como derecho fundamental del consumidor es extraído del artículo 4 del Código del Consumo, y se sustancia en la predisposición de la actividad orientada a los consumidores, desarrolladas por los sujetos públicos o privados y dirigidas a hacer evidentes las características de los bienes y los servicios, o a esclarecer de forma clara y perceptible los costos y beneficios, las ventajas y las desventajas que son consecuencia de una elección de consumo. La educación al consumo consiste, por lo tanto, en la predisposición de instrumentos informativos utilizados para instruir al consumidor que necesita ser tutelado, sobre el funcionamiento de la economía de mercado, sobre los productos y servicios, sobre las fuentes de información, sobre cómo defender los propios intereses. Además, ayuda a tener un comportamiento adecuado con el fin de satisfacer intereses individuales y/o colectivos en el ámbito de consumo, dando apoyo a los consumidores en sus intentos de organizar su vida cotidiana de

⁸ En relación con el derecho a una correcta publicidad, se recuerda la definición contenida en el Decreto Legislativo n. 145/07 donde, se entiende por publicidad «cualquier forma de mensaje difundido, en cualquier modo, en ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el propósito de promover la transferencia de bienes muebles o inmuebles, la prestación de obras o servicios, o la constitución o transferencia de derechos y obligaciones sobre ellos», comprendiendo, de este modo ya sea la publicidad dirigida al gran público y difundida a gran escala, o en una comunicación personal dirigida a un particular. El derecho a una correcta publicidad se agota en el respeto de algunos límites y prohibiciones, con el fin de transmitir al consumidor un mensaje claro y transparente. Ver M. DONA, *Il codice del consumo. Regole e significati*, Torino, 2005; Id., *Publicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Torino, 2008.

⁹ Además, se recuerda que la autoridad italiana que controla la corrección de los mensajes publicitarios y de las prácticas comerciales es la *Autoridad que Garantiza la Competencia y el Mercado* (AGCM), a la cual pueden dirigirse los ciudadanos directamente o a través de las asociaciones de consumidores.

modo sostenible y con respecto a los recursos disponibles. Esto significa que a los consumidores les debe ser garantizada la posibilidad de adquirir conocimientos de los propios derechos e intereses, a fin de poder estar en condiciones de hacer una elección «consciente» en la adquisición de bienes y/o en el disfrute de los servicios.

1.5 EL DERECHO A LA TRANSPARENCIA Y A LA EQUIDAD EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES

Por derecho a la transparencia y a la equidad en las relaciones contractuales se entiende la predisposición y las formulaciones de la regulación contractual de modo claro y comprensible; es decir, de modo completo y legible, respetando la cláusula de buena fe y configurando los contenidos de modo tal que sean considerados «justo» para ambas partes. Es decir, quedando firme el derecho a la autonomía contractual, por el cual las partes se encuentran en libertad para determinar el contenido del contrato, y el respeto por las obligaciones imperativas, esto es, la imposibilidad de excluir del contenido del contrato las disposiciones para tutela de los consumidores. Por lo tanto, la cooperación entre las partes es necesaria para facilitar la armonización, y, considerando en particular al consumidor como la parte débil, permitiéndole valorar libremente y a conciencia la conveniencia y ocasión de la contratación, asumiendo los riesgos relativos. Esto reequilibrará la posición del consumidor respecto de la contraparte profesional, dotada de mayor conocimiento técnico, de mayores recursos, de mayor fuerza contractual y de capacidad para influenciar sobre los destinos de la relación.

1.6 EL DERECHO A LA PROMOCIÓN Y AL DESARROLLO DE LA ASOCIACIÓN LIBRE, VOLUNTARIA Y DEMOCRÁTICA ENTRE LOS CONSUMIDORES

El derecho a la promoción y al desarrollo de la asociación libre, voluntaria y democrática entre los consumidores consiste, ante todo, en la predisposición de aquellas disposiciones normativas para desarrollar las normas constitucionales en base a las cuales se encuentra prevista la posibilidad para los consumidores y para los usuarios de asociarse libremente y democráticamente, y, a través de los propios representantes, con los instrumentos puestos a disposición por el ordenamiento, consintiendo su participación en el proceso de decisión en las cuestiones que le interesan, a nivel local,

nacional o comunitario. Además de esto, en lo específico, el poseer tal derecho se sustancia en la posibilidad, concedida a las asociaciones de consumidores, respetando determinados criterios, a ser reconocidas a nivel nacional, financiadas y admitidas, para participar en las reuniones periódicas del Consejo Nacional de Consumidores y Usuarios, que es un organismo del Ministerio de Desarrollo Económico, con funciones de colaboración (a través de la expresión de las opiniones, de la formulación de propuestas, de la elaboración de programas, y de otras iniciativas) en el sector de los derechos y de la protección a los consumidores y usuarios¹⁰.

¹⁰ El derecho a la erogación de los servicios públicos según *standard* de calidad y de eficiencia encuentra su especificación en la norma de re- envío prevista en el art. 101 del Código de Consumo, la cual hace referencia a la erogación de los servicios públicos, estableciendo de modo programático que: «1. El Estado y las regiones, en el ámbito de las respectivas competencias garantiza los derechos de los usuarios de servicios públicos a través de la concreta y correcta actuación de los principios y de los criterios previstos por la normativa vigente en la materia. 2. La relación de uso debe desarrollarse respecto al *standard* de calidad predeterminado y adecuado que se hace público. 3. A los usuarios les es garantizada, a través de la forma representativa, la participación en los procedimientos de definición y de valoración de los *standards* de calidad previstos por ley. 4. La ley establece, por determinados entes erogatorios de servicios públicos, la obligación de adoptar, a través de mecanismos específicos de actuación diversificados en relación a los sectores, con las correspondientes cartas de servicios.» Ambas disposiciones encuentran fundamento normativo en la Directiva del Presidente del Consejo de Ministros, de 27 de enero de 1994, referente a los Principios sobre la erogación de los servicios públicos y en el art. 11 del Decreto Legislativo de 30 de julio de 1999, n. 286. El artículo 11 del Decreto Ley 286/99, en actuación del artículo 11 de la ley de 15 de marzo de 1997, n. 59, dictando los principios base en mérito a la calidad de los servicios públicos y para las cartas de servicios y re- envía a las directivas anuales del presidente del consejo con la definición de criterios de fijación de los estándares de eficiencia y eficacia y las modalidades de adopción de las cartas de servicios, comprendida la modalidad de indemnización automática y la alta tarifa al uso por falta de respeto de los estándares de calidad. La Directiva del 1994 (c.d. «Directiva Ciampi») presenta una definición de servicios públicos estableciendo que: «son considerados servicios públicos, aunque sean desarrollados en régimen de concesión o mediante convención, aquellos orientados a garantizar el goce de los derechos de la persona, los cuales se encuentran constitucionalmente tutelados, siendo ellos el derecho a la salud, a la asistencia y a la previsión social, a la educación y a la libertad de comunicación, a la libertad y a la seguridad de la persona, a la libertad de circulación en el sentido del artículo 1 de la ley de 12 de junio de 1990, n. 146, y aquellos de erogación de energía eléctrica, agua y gas». La Directiva además: individualiza los principios fundamentales de erogación de los servicios públicos (igualdad, imparcialidad, continuidad, derecho de elección, participación, eficiencia y eficacia); define los instrumentos que los proveedores deben poseer (adopción de estándares, simplificación de los procedimientos, información a los usuarios, relación con los usuarios, deber de valoración de la calidad de los servicios); establece el derecho a reembolso de los usuarios en casos en los cuales es posible demostrar que el servicio prestado es inferior en calidad y puntualidad en referencia a los estándares publicados; establece la tutela de los usuarios con la obligación de previsión con procedimientos de reclamo, la institución de una Comisión Permanente para que actúe la Carta de Servicios Públicos en la Presidencia del Consejo de Ministros, la previsión de sanciones administrativas pecuniarias para el incumplimiento de la Directiva. En los años sucesivos, la reglamentación de la prestación de servicios públicos se ha enriquecido con nuevos elementos. Con respecto a ello se señala: el artículo 30 de la Ley de 18 de junio de 2009, n. 69 que establece la obligación, según la cual la carta de servicios de los entes públicos y privados que proveen servicios públicos o de utilidad pública, deben contener la previsión de la posibilidad para el usuario o para la categoría de usuario que reclame la violación de un derecho o de un interés jurídico relevante de promover la resolución no jurisdiccional de la

2. EL CÓDIGO DE CONSUMO DE 2005

El 22 de julio de 2005, el Consejo de Ministros aprobó el Código de Consumo, luego, de un largo, pero ajustado proceso, rodeado de prórrogas de los plazos para su adopción. El Decreto Legislativo, aprobado de conformidad con el artículo 7 de la *legge delega* 229/2003, constituye un enorme paso adelante para la tutela de los consumidores y para la certeza y la transparencia del mercado interno, en cuanto que en un único texto han sido fusionadas diferentes normativas, entre las cuales se encuentran las numerosas directivas en materia de tutela de los consumidores, traspuestas y vigentes en el Ordenamiento italiano en manera fragmentada¹¹.

El Código de Consumo entró en vigor el 23 de octubre de 2005 y representa el texto fundamental de referencia en materia de tutela de los derechos de los consumidores y de los usuarios. Por primera vez, el Código asume una distinción autónoma del Derecho de los consumidores en el ámbito del Ordenamiento civil: esto es, reúne, coordina y simplifica las disposiciones normativas centradas en torno a la figura del consumidor, como ciudadano consciente de sus propios derechos y deberes. El Código de Consumo se orienta a favorecer la información del consumidor, para tutelarlos en la fase de toma de informaciones para asegurar la corrección en los procesos de negociación y de las formas contractuales de las cuales derivan las decisiones de compra. Además, llegan a ser definidos los derechos e intereses individuales y colectivos de los consumidores y de los usuarios de modo claro, promoviendo la tutela en sede

controversia; el Decreto Legislativo de 20 de diciembre de 2009, n. 198 que en actuación del artículo 4 de la ley de 4 de marzo de 2009, n. 15, presenta las disposiciones relativas a la modalidad de recurso para la eficiencia de las administraciones y de los concesionarios de servicios públicos (por ej. *class-action* contra la P. A.) a fin de restaurar el correcto desarrollo de la función o el correcto suministro de un servicio derivado, entre otros de la violación de las obligaciones contenidas en las cartas de servicios, o por la violación de los estándares cualitativos y económicos establecidos por los concesionarios de servicios públicos. A tales prescripciones se agrega la importante previsión del artículo 2, inciso 461, de la ley *Finanziaria* de 2008 (ley 24-12-2007 n. 244). Dicha norma establece las disposiciones que los entes locales deben aplicar en sede al estipular los contratos de servicio con el fin de tutelar los derechos de consumidores y usuarios de servicios públicos locales y de garantizar la calidad, la universalidad y la economía relativas a las prestaciones. Las disposiciones son: obligación para el ente gestor de emanar una «Carta de calidad de los servicios»; consulta obligatoria de las asociaciones de consumidores; verificación periódica de adecuación de los parámetros cuantitativos y cualitativos del servicio erogado; monitoreo permanente del respeto de los parámetros; sesión anual de verificación del funcionamiento de los servicios.

¹¹ Entre éstas, la Directiva 85/374/CEE sobre la responsabilidad por daño de productos defectuosos, las directivas 84/450/CEE y 97/55/CEE en materia de publicidad engañosa, la 90/314/CEE concerniente a viajes, vacaciones y circuitos «*all included*», la 93/13/CEE en materia de cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores, y el listado podría continuar hasta abarcar la directiva 2001/95/CE relativa a la seguridad general de los productos y de otras numerosas previsiones del derecho interno.

nacional y local, incluso en forma colectiva. Mejorando, incluso la competencia, la transparencia y la información en el mercado, favoreciendo la calidad de los productos y de los servicios, como así también el crecimiento de la confianza de los ciudadanos y de los operadores económicos.

El texto del Código de Consumo se compone de 146 artículos y finaliza con la ordenación y con la simplificación de la normativa para tutelar al consumidor. De este modo, el Derecho de los consumidores siempre asume una distinción más autónoma en el ámbito del Ordenamiento civil y se coordina con los principios y con las directrices comunitarias. El Código de Consumo prepara reglas de tutela referentes no sólo a la disciplina del contrato, sino incluso a la fase precontractual y además, en general, para todas las relaciones jurídicas con los sujetos de la cadena de producción y de distribución de productos y de servicios, con el propósito de asegurar un elevado nivel de tutela del consumidor. Dedicar particular atención a la educación del consumidor para favorecer el conocimiento de los propios derechos, regulando la correcta información al usuario y su derecho de desistimiento, y refuerza la tutela, incluso en materia de televentas. El consumidor, mediante la información, es colocado en situación de poder tener una visión clara de los elementos de la calidad y del precio del producto y, de este modo, en la condición de poder operar con elecciones informadas. El desequilibrio en la información entre el profesional y el consumidor (el hecho de que el profesional posea mayor conocimiento sobre las características del producto en relación al consumidor) se reduce a través de la previsión de una serie de informaciones que el profesional debe proveer necesariamente a este último¹². La información al consumidor es la línea directriz que acompaña, en el Código de Consumo, todo el desarrollo de la relación de consumo, porque reaparece, incluso en el momento de la conclusión del contrato y en el momento de su ejecución.

2.1 EL CONTENIDO DEL CÓDIGO DE CONSUMO DE 2005

Desde el punto de vista de los contenidos, el Código retoma la normativa sobre el crédito al consumo, refiriéndola a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y a distancia, y a la compra de paquetes turísticos; reitera la disciplina de las

¹² Se trata, por ejemplo, de las disposiciones sobre las etiquetas, de la redacción sobre las confecciones, sobre la documentación adjunta al producto, sobre la indicación, que debe ser en modo visible y comprensible, sobre los precios por unidad de medida y sobre el control de la corrección de los mensajes publicitarios.

cláusulas abusivas, y se afirma en la calidad y seguridad de los productos. El Código de Consumo representa un paso importante para la tutela de los consumidores, que han podido hacer referencia a una normativa orgánica y de respuesta a la problemática cotidiana que les involucra¹³. El texto ha reorganizado las disposiciones normativas según una secuencia lógica y temporal lineal, que ha ordenado la disciplina, tal y como se afirma en la presentación ilustrativa al Código, «en torno al procedimiento económico y jurídico cumplido, en su totalidad en el acto de consumo». Se han reproducido las normas vigentes en su redacción original, procediendo a modificaciones solo en caso de exigencias efectivas de coordinación, o de adecuación a problemáticas de cambio: más allá de la defensa de la posición jurídica del consumidor, sea en el plano individual, como en el colectivo, el Código de Consumo ha mejorado las reglas sobre la corrección de las prácticas comerciales, sobre la información y sobre el acceso a la justicia. Además, en referencia a las empresas, el Código de Consumo se ha propuesto mejorar la competencia, la transparencia y la información sobre el mercado, favoreciendo una mejor calidad de los productos y de los servicios.

La intervención codificadora, y las sucesivas problemáticas, han demostrado una evidente exigencia de simplificación de la normativa, para reorganizar la materia objeto del Código de Consumo: piénsese en la eliminación de algunas evidentes diferencias, consecuencia de la sucesión de las diferentes disciplinas (generalmente consecuencia de cumplimentar las obligaciones de transposición comunitaria) que han sobrecargado definiciones y reglas, dando frecuentemente indicaciones no perfectamente compatibles¹⁴. El Código de Consumo se impone esencialmente tres objetivos: la actualización y la adecuación de la ley italiana a la europea, la coordinación de las leyes italianas sobre el tema del Derecho de los consumidores para evitar superposiciones, así como la individualización de un texto normativo que ofrezca al consumidor un sistema de protección claro y ordenado¹⁵. A tal fin, se han evaluado las diferentes

¹³ A. BARENGHI, *Dei contratti del consumatore in generale, Commento agli artt. 33-38*, in Codice del Consumo a cura di V. Cuffaro, II edizione, Milano, 2008, 158.

¹⁴ Puede pensarse, por ejemplo en la relación, para nada clara, entre el d.lgs. n. 50/1992, sobre la venta fuera de los locales comerciales, el d.lgs. n. 185/1999 sobre la venta a distancia y el d.lgs. n. 70/2003 sobre comercio electrónico. Ha quedado alguna antinomia y algún evidente defecto ha sido corregido: como ha sucedido por la unificación del término del derecho «de reflexión».

¹⁵ Es oportuno describir, en manera sintética, como ha sido organizada su estructura, con el propósito de permitir la mayor e inmediata comprensión. El Código se compone de 146 artículos, reunidos en seis partes. La Parte I (artículos 1-3) contiene las disposiciones generales. En particular, es aclarada la finalidad del texto y son previstas algunas definiciones de los términos utilizados con frecuencia. La Parte II (artículos 4-32) se refiere a

alternativas para relevar eficazmente todas las normas existentes. Entre las numerosas posibilidades, se ha razonado esencialmente sobre dos soluciones opuestas. La primera solución propuso una recopilación de las leyes existentes, según un criterio de fusión, correspondiente a una enumeración de los derechos fundamentales. Esa opción ha sido descartada, porque no era fácil su realización práctica. La segunda opción, preseleccionada por el Código, ha reorganizado las disposiciones según una secuencia lógica, que parte de las informaciones y que sigue todas las fases para la compra de un bien o de un servicio (incluyendo los instrumentos de tutela). En ese trabajo de reagrupación han sido recopilados los textos de las leyes existentes en su formulación originaria. Las modificaciones introducidas se encuentran limitadas a las estrictamente necesarias para la coordinación y actualización de la normativa.

El Código de Consumo prohíbe las prácticas comerciales incorrectas, es decir, las prácticas ilegítimas que tienen como fin inducir al consumidor a realizar una elección, que de otro modo no habría hecho. Las nuevas reglas se aplican, primero, «a las prácticas comerciales durante y después de una operación comercial relativa a un producto o servicio». Cuando se habla de publicidad engañosa, se interpreta como cualquier publicidad que de algún modo, incluida su presentación, sea idónea para inducir a error a las personas físicas o jurídicas a las cuales es dirigida, o a quien alcanza, y que, a causa de su carácter engañoso, pueda perjudicar su comportamiento económico o que, por este motivo, sea capaz de dañar a un competidor¹⁶.

la educación del consumidor, a la información y a la publicidad. Esta comprende todas las actividades que, aún antes de la fase específica de la información pre contractual (la información que es dada antes de la conclusión del contrato), ponen al consumidor en grado de obtener un correcto conocimiento del bien a comprar. De hecho, es evidente, que el completo conocimiento por parte del consumidor necesita de tres elementos fundamentales: información, educación al consumo y publicidad. Cuando el Código fue escrito, la normativa sobre publicidad resultaba amplia y puntual, sobre la actividad de información que aparecía como mínima y aquella sobre educación casi inexistente. Se ha considerado útil formular una norma en el Código que hiciera referencia al derecho a la educación, mencionado expresamente en el artículo 153 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea «con el fin de promover los intereses de los consumidores y asegurar un nivel elevado de protección». Así, G. VETTORI, *Codice del Consumo, Commentario*, Padova, 2007.

¹⁶ Y, además, de notar que el Código de Consumo ha sido realizado en el año 2005, a sólo dos años de esta fecha, se han aprobado nuevas y más amplias reglas para la publicidad engañosa y comparativa (el Decreto Legislativo n.145 y el 146 del 2 de agosto de 2007), transponiendo las nuevas normas introducidas por la Comunidad Europea. El Decreto Legislativo 146/07 introdujo el nuevo concepto de práctica comercial incorrecta y ha ampliado el concepto de publicidad engañosa, ya disciplinado por el Código de Consumo. Este Decreto, en la práctica, ha reescrito parte del Código de Consumo, más precisamente los artículos del 18 al 27. La práctica comercial es «cualquier acción, omisión, conducta, o declaración, comunicación comercial (incluyendo la publicidad y la comercialización del producto), realizada por un profesional para promover, vender o proporcionar un bien o un servicio a los consumidores».

La Parte III del Código de Consumo (artículos 33-101) se refiere a la relación de consumo. La disciplina del contrato constituye el objeto principal de tal grupo de normas. Algunas reglas se refieren, transversalmente a todos los contratos; otras, se refieren a contratos específicos. El Título I tiene por objeto los contratos de los consumidores en general, y contiene las normas de tutela del consumidor en tema de cláusulas abusivas, antes contenidas en el Código Civil (artículos 1469-*bis* y siguientes). Otras normas, antes contenidas en el Código Civil (los artículos 1519-*bis* y siguientes, en tema de venta de bienes muebles de consumo), han sido insertadas en la Parte IV del Código de Consumo.

El 13 de junio de 2014 han entrado en vigor las modificaciones introducidas al Código de Consumo por el d.lgs. de 21 de febrero de 2014, núm. 21, que transpone la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores. Esta última directiva modifica las Directivas 85/577/CEE sobre la tutela de los consumidores en materia de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, y 97/7/CE sobre la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Las disposiciones del D. Lgs. de 21 de febrero de 2014, núm. 21, ejecutivo de la Directiva, disciplinan los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor, y sustituyen los artículos 45 al 67 del Código de Consumo. Las nuevas reglas se refieren a los contratos a distancia, estipulados *on line* o por cualquier medio de comunicación sin presencia física y simultánea de las partes, y a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Además, se encuentra disciplinada la «venta puerta a puerta o a domicilio», es decir, en un lugar diferente a la oficina del profesional.

La Parte IV del Código de Consumo (arts. 102-135) se refiere a la seguridad y la calidad de los productos. En particular, son tomadas y coordinadas las disposiciones sobre responsabilidad por productos defectuosos, en certificación de calidad, de garantía legal de conformidad y de garantía comercial para bienes de consumo. Asimismo, en el Código de Consumo se han introducido las normas sobre materia de seguridad general de los productos, así como las disposiciones en tema de venta de bienes de consumo, precedentemente contenidas en los artículos 1519 *bis* y siguientes del Código Civil.

La Parte V del Código de Consumo (arts. 136-141) se refiere a las asociaciones de consumidores y el acceso a la justicia con referencia particular a la individualización de las asociaciones representativas a nivel nacional, y a las acciones propuestas por las mis-

mas. Finalmente, la Parte VI del Código de Consumo (arts. 142-146) contiene las disposiciones finales y las revocaciones que han sido resultado de lo que se adjuntara.

El artículo 1 del Código de Consumo señala que el Código fue redactado «respetando la Constitución» y «de conformidad» con la normativa europea y con los Tratados internacionales. Por lo tanto, las reglas establecidas en el Código de Consumo son compatibles con los principios de respeto de la persona establecidos en la Constitución italiana. Y todavía en conformidad con los principios comunitarios, que se encuentran en los tratados europeos y en el derecho comunitario derivado; de este modo, hace que las disposiciones del Código de Consumo deban ser compatibles (y no por el contrario) con las normas comunitarias o internacionales, y que, en caso de dudas interpretativas, deban ser leídas a la luz de los objetivos amplios de tutela de los consumidores según tiene intenciones de actuar la Unión Europea. De hecho, el artículo 1 del Código de Consumo hace expresa referencia al artículo 153 del Tratado de Amsterdam, en base al cual «con el fin de promover los intereses de los consumidores y de asegurar un nivel elevado de protección de los consumidores, la Comunidad contribuye a tutelar la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores así como a promover su derecho a la información, a la educación y a la organización para la salvaguarda de los propios intereses. En la definición y en la actuación de otras políticas y actividad comunitaria son tomadas en consideración las exigencias inherentes a la protección de los consumidores. La Comunidad contribuye a la consecución de los objetivos del párrafo 1 mediante: a) medidas adoptadas por la norma del artículo 95 en el cuadro de la realización del mercado interno; b) medidas de sostén, de integración y de control de la política desarrollada por los Estados miembro. El Consejo, deliberando según el procedimiento del artículo 251 y previa consulta de la Comisión económica y social adoptando las medidas del párrafo 3, letra b). Las medidas adoptadas por la norma del párrafo 4 no impiden a los Estados miembros a mantener o a introducir medidas de protección más rigurosas. Tales medidas deben ser compatibles con el presente tratado. Éstas son notificadas a la Comisión».

El artículo 1 del Código de Consumo prosigue explicando la finalidad del Código de Consumo: «armoniza y reordena las normas concernientes a los procesos de compra y consumo». El verbo *armonizar* indica una técnica jurídica que trata de coordinar las leyes referidas a un particular sector, sea desde el punto de vista de

la forma, sea desde el contenido. En el caso del Código de Consumo, se han colocado unidas las disposiciones existentes en el sector de la tutela de los consumidores, eliminando las divergencias y buscando alcanzar coherencia lógica y sistemática. Con la expresión «procesos de compra y consumo», el Código de Consumo hace referencia a todos los aspectos que rondan en torno a la conclusión del contrato, sea en la fase precedente (publicidad, información...), como en la fase sucesiva (desistimiento, garantías y remedios).

2.2 ASPECTOS CRÍTICOS DEL NUEVO DISPOSITIVO

El Código de Consumo de 2005, estructurado de este modo, auguraba tener importantes reflejos sobre el mercado en general, en términos de incremento del grado de confianza de los consumidores y de las empresas en el funcionamiento del mercado, y produciéndose, de este modo, un crecimiento de los intercambios en beneficio de toda la colectividad nacional. Es muy discutido, desde sus primeras apariciones, sobre el alcance y el valor sistemático de tal texto para tutelar a los consumidores; en particular, por ello se planteó la obra de reorganización y coordinación de las diferentes disposiciones legislativas en materia de tutela de los consumidores con la emisión de un «código» entendido, propiamente, como un complejo sistemático y orgánico de normas, donde se encuentra en presencia de un «texto único» orientado a reasumir las múltiples leyes vigentes en Italia para tutelar al consumidor¹⁷.

3. TÍMIDOS PASOS DE LA CATEGORÍA JURÍDICA DE LA «CLASS ACTION»

En Italia, la presencia de una neta desproporción entre la realidad económica y financiera, y los consumidores y usuarios, así como el poder contractual y la posibilidad de la tutela jurisdiccional, ha dejado espacio a la oportunidad de introducir instrumentos jurídicos de tutela diferentes a las tradicionales formas de acción judicial, incluso en razón del rol que han asumido, en la sociedad

¹⁷ Finalmente se prestó atención en modo justo a las instancias tutelares de los consumidores y a sus asociaciones, con referencia particular a las acciones inhibitorias y al acceso a la justicia, es decir a la composición de las controversias a través de mecanismos de conciliación extrajudicial.

actual, donde las formas de producción industrial, el comercio y la prestación de servicios por parte de sujetos organizados de grandes dimensiones, y los mercados financieros. En referencia a la siempre mayor complejidad de la organización social, el modelo de relación jurídica de carácter individual resultaba siempre más inadecuado para garantizar una tutela efectiva. La doctrina italiana indagaba, desde hacía tiempo, la posibilidad de introducir formas de tutela colectiva sobre la línea de aquellas experimentadas en el extranjero valorando, en particular, los perfiles de (in)compatibilidad con el ordenamiento italiano¹⁸. Las motivaciones de orden procesal no eran, sin embargo, insuperables: se pensaba que el ordenamiento italiano no quería, antes que no pudiera adoptar una acción colectiva. Los temores conexos a la introducción de tal instrumento procesal no se encontraban privados de fundamentación.

Con el acompañamiento de la experiencia norteamericana¹⁹, el sistema procesal italiano ha demostrado poder suplir una de sus

¹⁸ M. TARUFFO, *I limiti soggettivi del giudicato e le «class actions»*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 609; A. DONDI, *Funzione «remedial» delle «injunctive class actions»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 245; C. CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 622; G. PONZANELLI, «Class actions», *tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 305I; A. GIUSSANI, *Studi sulle «class actions»*, Padova, 1996; P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale delle class actions ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, p. 2224; A. GIUSSANI, *Mass tort e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo della efficienza economica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 315; C. CONSOLO, *Fra nuovi riti civili e riscoperta delle class actions, alla ricerca di una «giusta» efficienza*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 565; P. FAVA, *Class actions all'italiana: «Paese che vai, usanza che trovi» (L'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e n. 3839)*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 398; L. MEZZASOMA, *Tutela del consumatore ed accesso alla giustizia: l'introduzione della class action*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 776; M. RESCIGNO, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano. Profili generali*, in *Giur. comm.*, 2005, p. 407; G. ALPA, *In tema di azioni collettive*, in *Rass. for.*, 2006, p. 1845; V. VIGORITI, *Impossibile la class action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 31; M. TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 529.

¹⁹ En América, la *class action* ha representado un instrumento procesal orientado a reequilibrar las posiciones de los operadores económicos y financieros, en referencia a aquellos de los consumidores dañados por su comportamiento. En el sistema estadounidense, la clase llega a ser representada por un *Lead Plaintiff*, que se convirtió en fiduciario de la clase y que debe representar los intereses de modo adecuado. Tal función es desarrollada en la acción colectiva en Italia de las acciones de los consumidores, que son los únicos sujetos legitimados para ejercer la acción. No existen normas específicas presentadas en la legislación italiana dirigidas a regular la nómina legal de la clase. Por el contrario, es prevista la específica regulación de las normas norteamericanas que previenen una valoración por parte del juez sobre la competencia de lo legal, sobre la experiencia y capacidad del mismo para representar a la clase. La *class action* norteamericana se desarrolla en respeto a las normas ordinarias que regulan la materia objeto de controversia, así como de las normas previstas por el juez en la controversia específica, con poder discrecional concedido al juez. La *class action* ha sufrido, en Estados Unidos, un proceso de degeneración que ha implicado el surgimiento de numerosos abusos; no es posible, en esta sede explayarnos sobre las problemáticas que han afectado a las acciones colectivas, siendo posible recordar, a título meramente ejemplificativo, el conflicto de intereses entre el actor representativo y

lagunas más discutidas, con la introducción de la «acción colectiva resarcitoria», denominada «*class action*».

3.1 EL PROCEDIMIENTO PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES

El recorrido para alcanzar la fisonomía de tal instrumento ha sido tortuoso: la Ley de Presupuesto para el año 2008, entre muchas polémicas y debates, ha incorporado el artículo 140 *bis* al Código de Consumo con un procedimiento que consiente la tutela de los intereses colectivos de los consumidores y de los usuarios²⁰. La novedad, recibida con gran clamor por las asociaciones de consumidores, ha sido considerada una victoria significativa, un paso fundamental para asegurar una tutela efectiva de las partes contractuales débiles. De una visión diferente han sido las empresas, que han temido el aluvión resarcitorio. De modo similar, las sociedades italianas, grandes y pequeñas, han considerado la posibilidad de encontrarse expuestas a una grave amenaza y por ello, han pedido reiteradamente una relectura de las políticas empresariales por considerar los riesgos conexos a la proposición de las acciones colectivas.

La posibilidad de actuar en juicio para tutelar las propias situaciones subjetivas afectadas, reconocida en el artículo 24 de la

la clase, el conflicto entre el *class counsel* y la clase, la frecuente proposición de *frivolous lawsuits*, el c.d. *forum shopping*, los acuerdos colusivos entre el abogado y quien conviene, las compensaciones irrisorias asignadas a los miembros de la clase (la referencia es, en particular, a los c.d. *coupon settlements*), frente a las compensaciones millonarias asignadas a los abogados, y mucho más. Por el contrario, en el Ordenamiento italiano es prevista un particular procedimiento para la determinación del *an debeatur*, que prevee un examen preventivo sobre la admisibilidad de la demanda. Si el juez declara la admisibilidad de la acción, también determina los criterios en base a los cuales la suma correspondiente a los actores deberá ser liquidada y, en caso de ser posible, también determina la identidad mínima. Sucesivamente, la parte que ha convenido deberá efectuar una propuesta transaccional que, en caso de no ser efectuada, o en caso de no ser aceptada, llevará a un procedimiento conciliatorio. Como alternativa a la cámara de conciliación, el Presidente del Tribunal puede disponer que la controversia sea dispuesta por uno de los organismos de composición según el art. 38, d.lg. 17.1.2003, n. 5 y sucesivas modificaciones. El procedimiento que decidirá el *quantum* que corresponda al individual seguirá el rito ordinario. El daño punitivo no ha sido introducido como instrumento de tutela en las acciones colectivas en el ordenamiento italiano.

²⁰ C. CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello «opt-in» anziché quella danese dello «opt-out» e il filtro («L'inutile precauzione»)*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 5; G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. consumo*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 17; M. BOVE, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, in *Guida al dir.*, 2008, 4, p. 11; G. FINOCCHIARO, *Class action: una chance per i consumatori. Resta il diritto all'azione individuale*, in *Guida al dir.*, La finanziaria 2008, p. 5.

Constitución italiana²¹, ya no se encuentra reconectada en modo casi exclusivo al individuo, ya que puede ser en grupo, en una clase que se active para tutelar jurisdiccionalmente a los propios derechos²².

Las profundas diferencias existentes entre el sistema procesal norteamericano y el italiano, si en el pasado eran consideradas un obstáculo para introducir las acciones colectivas en Italia, en cambio, habrían podido constituir un elemento idóneo para impedir el surgimiento de prácticas abusivas verificadas en los Estados Unidos. Las «acciones colectivas resarcitorias» del artículo 140 *bis* se encuentra, de hecho, bastante lejos del modelo de *class action* norteamericano, sea por su estructura y procedimiento, como por el resultado final al cual se dirigen. Mientras que las *class action* norteamericanas terminan esencialmente en un pronunciamiento de condena de lo convenido en resarcimiento a los daños sufridos por la clase (más allá de la circunstancia de que, en la práctica, las *class actions* difícilmente llegan a la sentencia, prefiriendo los mismos abogados definir la controversia con un *settlement*), las *class action* italianas deberían concluirse con una mera comprobación del derecho lesionado, reenviando la fase liquidatoria a una sucesiva sede individual. La disciplina de las acciones colectivas resarcitorias tiene indudablemente el mérito de haber recibido la debida consideración en la necesidad de moldear la tutela colectiva a la peculiaridad del sistema procesal italiano, evitando recibir el modelo norteamericano de *class action* y de trasplante en un ordenamiento así diferente.

De este modo, el artículo 140-*bis* del Código de Consumo, que entró en vigor el 1 de enero de 2010, lleva la disciplina de la acción de clase, de conformidad con los principios establecidos por la normativa comunitaria orientada a alzar los niveles de tutela de los consumidores y usuarios. Tal disciplina se aplica a las categorías de los usuarios y de los consumidores a los que hace referencia el Código de Consumo, cuyo número, ciertamente vastísimo, es indeterminable a priori: los ámbitos de referencia son ante todo los derechos contractuales de una pluralidad de consumidores y usua-

²¹ Artículo 24 de la Constitución italiana: «Todos pueden actuar en juicio para la tutela de los propios derechos e intereses legítimos. La defensa es derecho inviolable en cada estado y grado del procedimiento. Son asegurados a lo habientes, con los correspondientes institutos, y con los medios para actuar y defenderse ante cada jurisdicción. La ley determina las condiciones y los modos para la reparación de los errores judiciales».

²² G. ALPA, en el artículo «*La fretta sulla class action*», di Bufacchi, 14 noviembre 2007, n. 313, il Sole24ore (N. de T.: «*La fretta sulla class action*», «*El apuro sobre la acción de clase*»). El autor afirma que la función del instituto será aquella de «colocar las empresas lejos de los esfuerzos inútiles, promovidos con un propósito de chantaje, siendo poco transparentes o fraudulentos, evitando los conocidos abusos cometidos en Estados Unidos».

rios que se encuentran frente a una misma empresa, en una misma situación, incluidos los derechos relativos a los contratos estipulados con modelos y formularios, en el sentido de los artículos 1341 y 1342 c.c

Estos contratos también incluyen los mismos derechos debidos a los consumidores finales de un determinado producto frente al productor, prescindiendo incluso de un derecho de relación contractual.

La legitimación activa corresponde, sea a cada consumidor o usuario que compone la clase (en cuanto titular de uno de los derechos tutelables con la acción de clase, a la cual se ha hecho referencia anteriormente), sea a las asociaciones a las cuales el consumidor o usuario puede dar mandato, sea a las comisiones en las cuales él participa. La finalidad de la acción de clase es la de obtener del juez la comprobación de la responsabilidad, y la condena al resarcimiento del daño y las restituciones a favor de los usuarios o consumidores.

3.2 ACTUALES PERFILES DE LA *CLASS ACTION* EN ITALIA

Luego de muchos años de aparente uso de las *class action*, en el 2015, Italia ha lanzado una reforma que prevé de modo drástico la implementación de un instrumento cargado de muchas expectativas en su debut en el año 2010. El legislador italiano se ha movilizó en el intento de proponer el relanzamiento de la acción de clase, a partir de la colocación de las nuevas medidas que, formalmente, han venido siendo trasladadas del Código de consumo, a aquél procedimiento civil. Un cambio que no es solo formal, ya que lleva consigo la cancelación de toda una serie de condiciones que, en la perspectiva de los sostenedores del diseño de ley, han hasta ahora bloqueado las *class action*²³.

De este modo, si la disciplina actual previene límites sea en el ámbito de aplicación subjetivo, los derechos individuales de los consumidores y usuarios y los intereses colectivos, sea en el ámbito de aplicación objetivo, de la responsabilidad contractual, del productor, de las prácticas comerciales incorrectas, y de las conductas anti-competitivas con la reforma, la tutela se convierte en posible para todos los derechos individuales homogéneos y para una más genérica responsabilidad por lesión de los derechos individuales. La demanda por acción de clase se presenta ante el tribu-

²³ F. R. FANTETTI, *Legittimazione processuale delle associazioni dei consumatori nella class action*, in *La resp. civile*, n. 4, 2012.

nal comercial, y es objeto de juicio de admisibilidad que, si es superado, puede ser evaluado ampliamente en el mérito, ante los jueces de primero y segundo grado.

4. EL DECRETO LEGISLATIVO DE 21 DE FEBRERO DE 2014, NÚM. 21

A partir del 13 de junio de 2014, han entrado en vigor los cambios introducidos por la trasposición de la Directiva europea 2011/83/UE, que modificaría el Código de Consumo (d.lgs. 206/2005) en materia de contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. En particular, los artículos de referencia y necesarios de revisión van desde el 45 al 67.

Los «derechos de los consumidores» codificados por las nuevas reglas pueden, en esencia, redirigirse a tres áreas diferentes: – derechos de información precontractual, al menos en regla (art. 47 cod. cons.), a los consumidores frente a los profesionales que ofrecen sus bienes muebles o servicios (arts. 48-51 cod. cons.); – derecho de desistimiento, al menos por regla (arts. 47 y 59 cod. cons.), a los consumidores que hayan concluido con profesionales contratos a distancia o contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (arts. 52-59 cod. cons.); – derecho a la consignación para los consumidores que hayan estipulado con los profesionales contratos de compra de bienes muebles (art. 61 cod. cons.)²⁴.

Las modificaciones, válidas para los contratos concluidos después de dicha fecha de 13 de junio de 2014, han significado mayor tutela, sea para quien realiza compras a distancia (para garantizar una mayor protección para los consumidores que al no entrar en contacto directo con el vendedor pueden estar menos informados, o que pueden estar más expuestos a fraudes), sea para quien estipula contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (por ejemplo en los stands situados en un centro comercial, o en el domicilio del consumidor, por la calle, puerta a puerta, y otros). Las principales novedades introducidas a favor de los consumidores en referencia a los contratos celebrados a distancia y a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil se refieren, ante todo a la previsión de mayor información pre-contractual: de hecho, el profesional/vendedor debe brindar de «manera clara y comprensible», un elenco de informaciones muy detallada al con-

²⁴ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto 2011*, a cura di D'Angelo e Roppo, Torino, 2012, pp. 30 ss.

sumidor, siendo éstas relativas a los propios datos sobre las características de los bienes, referentes a la modalidad de pago, sobre la información sobre garantía, y otros. En segundo lugar, el consumidor tiene 14 días para repensar la compra efectuada y desistir el contrato a través de la disposición de un modelo tipo, adjunto al Código de Consumo. Siempre en el tema de desistimiento, se prevé una mayor velocidad de reembolso: el consumidor deberá recibir la restitución de la suma correspondiente dentro de 14 días sucesivos para el ejercicio del derecho de desistimiento (c.d. «repensar»), utilizando el mismo instrumento de pago utilizado para la compra *on line*. Además, el consumidor podrá ejercitar dicho derecho de desistimiento cuando haya dañado el bien adquirido: pero, en tal caso no le será reconocido el importe completo de la compra llevado a cabo, ya que será considerado responsable por la «disminución del valor del bien en custodia al no haberle prestado la debida diligencia». Se trata de una novedad muy interesante, ya que permite igualmente el ejercicio del derecho de desistimiento, lo que precedentemente se precluía en condiciones análogas²⁵. Finalmente, otra novedad fundamental es la previsión de una mayor transparencia en el costo total del bien/servicio adquirido: el precio total del bien o servicio ofertado deberá ser claro para el consumidor, que no deberá pagar los eventuales costos no especificados previamente. Antes de encontrarse vinculado a un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento mercantil, el consumidor tiene derecho a recibir información precontractual detallada de modo claro y comprensible²⁶. La carga de la prueba relativa a la realiza-

²⁵ Otras innovaciones importantes consisten: en el *stop* a las casillas preseleccionadas en los sitios (es decir, ya no será posible, para los vendedores marcar automáticamente las casillas para vender otros servicios accesorios a los consumidores que están efectuando una compra *on line*); en el *stop* al débito a los consumidores de tarifas por el uso de instrumentos de pago; en el *stop* a las activaciones telefónicas no pedidas: el contrato telefónico es válido, solo si después de la llamada (*verbal order*) el consumidor recibe el contrato por escrito, que deberá firmar para que se pueda considerar concluido a todos los efectos. Según la nueva norma, el profesional debe confirmar la oferta avanzada al consumidor que, por aceptarla, debe firmarla, incluso mediante firma electrónica. Si es vendido un servicio, el mismo no puede ser proporcionado (incluida la provisión de agua, electricidad, gas y calefacción urbana) en los 14 días previstos para ejercitar el derecho de desistimiento, salvo que sea el consumidor quien lo haya pedido explícito.

²⁶ Entre las informaciones que no pueden faltar antes de la suscripción del contrato de compra a distancia se elencan: las características principales de los bienes o servicios que se pretende comprar; la identidad del profesional/ vendedor; la dirección geográfica del profesional y el contacto telefónico, fax y por e-mail, donde se encuentren disponibles para permitir al consumidor contactar rápidamente al profesional y para comunicarse eficazmente con él; esto significa que si el vendedor posee diferentes direcciones/contactos, debe comunicar aquellos efectivamente operativos, el precio total de los bienes, o de los servicios que tiene intenciones de comprar, incluso de los impuestos; si no es posible calcular razonablemente el precio con anticipación, se debe tomar nota de la modalidad del cálculo del precio y, deben ser previstos todos los gastos adicionales de expedición, si tales gastos no pueden ser calculados con anticipación, el vendedor debe indicar explícitamente

ción de las obligaciones de información precontractual corresponde al profesional/vendedor.

5. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y LAS TUTELAS EN LOS CASOS DE CONTRATOS CELEBRADOS A DISTANCIA Y DE CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

Sobre la disciplina de los remedios a la tutela de los derechos a la información precontractual que corresponde brindar al consumidor en la hipótesis de «contratos a distancia» y en la de los «contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil», las tutelas específicamente dispuestas a favor del consumidor corresponden a cuatro grandes tipos:

a) Aquella tutela, en casos de contratos celebrados a distancia y de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, donde la información precontractual es obligatoria (por ej. art. 49, índice 1, cod. cons.) por parte del profesional, que debe brindarla al consumidor en la fase precontractual donde «forman parte integrante del contrato»²⁷, incluso aunque no sean presentadas nuevamente y reafirmadas en sede contractual, y «no pueden ser modificadas sino con el acuerdo expreso de las partes», siendo así, se encuentran destinadas a prevalecer sobre la disciplina emergente del texto contractual²⁸;

que ellos estarán a cargo del consumidor, en caso contrario este último no está obligado al pago, el costo del uso del medio de comunicación a distancia para la conclusión del contrato cuando la tarifa aplicada es diferente de aquella base, la modalidad de pago y de entrega, y la fecha dentro de la cual el vendedor/profesional se compromete a entregar los bienes o a prestar los servicios, así como las informaciones referentes al tratamiento de los eventuales reclamos, la información sobre el derecho de desistimiento incluyendo las condiciones, los términos y los procedimientos para ejercerlo, así como el modelo tipo de desistimiento, acorde al nivel europeo, a la información que en caso de desistimiento los costos conexos a la expedición para la restitución del bien serán a cargo del consumidor, si así está previsto, la información de la existencia de la garantía legal de conformidad con los bienes, la duración del contrato si fuera aplicable, o, en caso de renovación automática, o de contrato a tiempo indeterminado, las condiciones para rescindir, la duración mínima de las obligaciones del consumidor, en caso de ser aplicable.

²⁷ Según la doctrina italiana no está claro si las informaciones precontractuales obligatorias (art. 49, inciso 1, cod. cons.) del profesional puesta al consumidor en la fase precontractual «forman parte integrante del contrato» sólo cuando sea favorable al consumidor respecto a las reglas del derecho dispositivo aplicable al caso, o incluso, en el caso opuesto. Así, C. GRANELLI, «Diritti dei consumatori» e tutele nella recente novella del Codice del consumo, in *I contratti*, n.1, 2015, p.61-62.

²⁸ Esta previsión refuerza aquella dictada por el artículo 72, inciso 4, cod. cons., en referencia a los contratos de multipropiedad, a los contratos relativos a los productos vacacionales de larga duración y a los contratos de reventa y de intercambio, y aún más distante

b) aquella tutela que se presenta en los casos de contratos celebrados a distancia y de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, sea porque el profesional no haya cumplido o no haya cumplido correctamente la obligación precontractual (por ej. art. 49, inciso 1 letras e e i, cod. cons.) de informar al consumidor a fin de ordenar los gastos adicionales de envío, entrega o postal, así como en referencia a cualquier otro costo destinado a gravar sobre el propio consumidor, y/o en relación a los costos de restitución de los bienes que, en caso de ejercicio del derecho de desistimiento eventualmente le correspondan siendo destinados a gravar al propio consumidor, dado que este último «no debe soportar tales gastos o costos adicionales», incluso cuando los mismos debieran serlo así dado el correspondiente texto contractual, resultando a su cargo (cfr. incluso art. 57, inciso 1, cod. cons.);

c) aquella tutela según la cual, en casos de contratos celebrados a distancia y de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, sea que el profesional no haya cumplido, o no la hubiere cumplido correctamente, la obligación precontractual (art. 49, inciso 1 letra h, cod. cons.) de informar al consumidor a fin de ordenar las condiciones, los términos y la modalidad del ejercicio del derecho de desistimiento que eventualmente le corresponde *ex lege*, determinándose la suspensión del inicio del cómputo del plazo de 14 días que el consumidor tiene a su disposición para ejercitar el *ius poenitendi*: plazo destinado a correr solo desde el día en el cual el profesional haya, aunque de modo tardío, proporcionado la información debida, quedando en firme que el consumidor pierde el derecho a desistir a los 12 meses y 14 días;

d) aquella tutela que se presente en casos de contratos celebrados a distancia y de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, cuando el profesional no haya cumplido, o no hubiera cumplido correctamente, la obligación precontractual (art. 49, inciso 1 letra h, cod. cons.) de informar al consumidor sobre las condiciones, términos y modalidad de ejercicio del derecho de desistimiento que eventualmente le corresponda *ex lege*; el consumidor se encuentra excepcionalmente exonerado de responder sobre la eventual disminución del valor del bien, resultado de la manipulación diferente y posterior, respecto a la necesaria, para verificar la naturaleza, las características y el funcionamiento.

Con referencia a los contratos celebrados a distancia, la novedad contempla, además, a favor del consumidor, instrumentos específicos de tutela: aquél en casos de contratos *on line*, cuando el

aquella dictada por el artículo 38, inciso 2, D. Lgs. 23 de mayo de 2011, n. 79, (c.d. «Código de Turismo», relativo a los contratos que tengan por objeto «paquetes turísticos»).

profesional no comunique «de modo claro y evidente» la información «directamente, antes que el consumidor lo requiera», o que no cumpla la obligación de garantizar «que, en el momento de adelantar el orden, el consumidor reconozca expresamente lo que el orden implica», asuma la obligación de pagar²⁹.

Por último, es de destacar el silencio más absoluto, por parte del legislador, para las «*disposiciones del código civil en referencia a la validez, formación o eficacia de los contratos*», y en consecuencia, se refuerza la obligación del intérprete de dar respuesta sobre los alcances que correspondan al sistema; de dar respuesta a los no pocos interrogantes que surgen, debido a las consecuencias de la eventual falta, o incompleto o inexacto cumplimiento, por parte del profesional, de su obligación de información precontractual prevista a favor del consumidor, relativa a los contratos celebrados a distancia y a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, a los que la normativa deja sin una solución expresa.

²⁹ El legislador se refiere, incluso al caso en el cual «el reenvío del orden implica accionar una tecla o una función análoga», no activar un mecanismo para el cual «la tecla o la función análoga reportan en modo fácilmente legible solo las palabras «orden con obligación de pagar» o una formulación correspondiente inequívocable que indique que la expedición de la orden implica la obligación de que pague el profesional».

El nuevo régimen jurídico de la Comisión General de Codificación

ANTONIO PAU PEDRÓN

De la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación

RESUMEN

El 28 de septiembre de 2015, un Real Decreto ha aprobado los nuevos estatutos de la Comisión General de Codificación. En la nueva regulación de este órgano consultivo y prenормativo, creado en el año 1843, se amplían sus funciones, se acentúa el carácter estrictamente técnico de la función de los vocales, al imponérseles –y garantizárseles– la objetividad y la independencia en el ejercicio de su función, se modifica la lista de los vocales natos, se regula deber de sigilo de los vocales, la publicidad de sus propuestas normativas, y la función de velar por la buena técnica legislativa –entre otras cuestiones que son objeto de la nueva regulación.

PALABRAS CLAVES

Codificación, Comisión General de Codificación, procedimiento legislativo, técnica legislativa

ABSTRACT

The new Statutes of the Law Commission have been approved on September 28th 2015 by a Royal Decree. The new regulation of the prenормative and advisory institution, established in 1843, expands its functions, emphasises the strict role of experts accomplished by the Members, as it imposes on them –and assures to them– impartiality and independence while they are performing their functions, it changes the list of natural members, it regulates the duty of confidentiality of the Members, the publicity of its law proposals, and the function of ensuring good legislative technique, among other issues that are the object of the new regulation.

KEY WORDS

Codification, Law Commission, legislative procedure, legislative technique.

Con el Real Decreto de 17 de febrero de 1978 comienza la última etapa de la larga historia de la Comisión General de Codificación (CGC), que ya ha cumplido los 172 años de existencia sin apenas interrupciones¹.

El Real Decreto de 17 de febrero de 1978, que lleva el refrendo del Ministro de Justicia don Landelino Lavilla, es la primera reforma normativa de la CGC que tiene en cuenta la vigente Constitución española. Curiosamente el decreto es anterior a Constitución –casi en un año– y sin embargo está previendo ya su futura vigencia. La Constitución estaba, al tiempo de promulgarse el decreto, en una de sus primeras fases de elaboración: en ese mismo mes de febrero de 1978 acababa de terminar el periodo de presentación en el Congreso de las enmiendas al anteproyecto.

La necesidad de esa nueva regulación de la CGC que llevaba a cabo el decreto de 1978 la ponía de relieve el preámbulo del propio decreto: «El proceso general de adaptación del ordenamiento jurídico a la nueva Constitución» –dice ese preámbulo– tiene necesariamente una «repercusión en el ámbito de las tareas prelegislativas propias de la Comisión», y esa repercusión que ha de producirse «tanto en el orden cuantitativo de tales tareas como en el ritmo de su desarrollo».

La mayor novedad del decreto de 1978 es la creación de lo que el propio preámbulo configura como «órganos ad hoc», y que se denominan «Ponencias especiales». Se podría decir que las Ponencias especiales están a la vez dentro y fuera de la CGC. Están dentro porque el nuevo art. 2 dispone que «integran la Comisión General de Codificación su Presidente, los Presidentes de Sección, los Vocales, las Ponencias especiales y la Secretaría Permanente». Están en cierto modo fuera de la CGC, porque los miembros de las Ponencias especiales no tenían que ser vocales, ni pasaban a serlo de manera definitiva por el hecho de ser nombrados para integrarlas.

¹ La primera interrupción dura un año largo, desde el Real Decreto de 31 de julio de 1846 que disuelve la Comisión General de Códigos y el Real Decreto de 11 de septiembre de 1847, que la reinstaura; y la segunda interrupción tiene lugar tras la revolución de 1868: todos sus miembros dimiten en junio de 1869, y cuatro meses más tarde se crea una «Comisión legislativa», en que se prescinde de toda referencia a la codificación. Durante la Dictadura de Primo de Rivera, la CGC se convirtió en un órgano prácticamente legislador, dado que se habían disuelto las Cámaras legislativas y se gobernó por decreto. Durante la guerra civil coexistieron, en uno y otro bando, la Comisión Jurídica Asesora y la Comisión General de Codificación (restablecida ésta por Decreto de 25 de marzo de 1938).

El preámbulo dice de *las Ponencias especiales* que estarán «formadas por un reducido número de personas y bajo la responsabilidad del Ponente general, prestan su total dedicación a la elaboración de los nuevos anteproyectos de leyes especiales y a la general revisión de los cuerpos legales necesitados de más urgente actualización».

El preámbulo señala una clara diferenciación entre la CGC propiamente dicha y las Ponencias especiales. A la CGC le corresponde «la revisión constante de los cuerpos legales y leyes vigentes», y a las Ponencias especiales les corresponde la redacción de «los nuevos anteproyectos de leyes especiales».

La Ponencias especiales podían ser unipersonales o pluripersonales. En este segundo caso, el Ministro designaría un Ponente general.

El engarce de las Ponencias especiales y la CGC propiamente dicha se establece en el artículo 12: «Los anteproyectos elaborados por Ponencias especiales se someterán a informe de la Sección o Secciones correspondientes a las que asistirán los Ponentes, que tendrán la consideración de vocales adscritos a las mismas, si no fueran ya vocales de la Comisión».

Pocos días después de promulgado el decreto de febrero de 1978, cuatro decretos de igual fecha –2 de marzo de 1978– nombraban nuevos presidentes de las Secciones primera, segunda, cuarta y quinta².

Una vez culminada la tarea de «adaptación del ordenamiento jurídico a la nueva Constitución» a que se refería el preámbulo del decreto de 1978, la figura de la Ponencia especial tenía menor razón de ser, y de hecho desapareció en los estatutos aprobados por Real Decreto de 7 de febrero de 1997. Según el reformado artículo 6, «integran la Comisión General de Codificación, su Presidente, el Vicepresidente, los Presidentes de Sección, los Vocales y el Secretario general».

Los estatutos de 1997 tienen un sorprendente preámbulo en que se afirma, no se sabe si con tono resignado o entusiasta, que han terminado los tiempos de la codificación y han empezado los tiempos de la descodificación. «Nuestra sociedad –dice– se muestra ya muy distante de aquella época en que triunfó el ideal codificador. Nos encontramos en plena era de la postcodificación, o mejor, de la descodificación».

² Presidente de la Sección Primera, de Derecho Privado, don Luis Díez-Picazo Ponce de León; Presidente de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, don Aurelio Menéndez Menéndez; Presidente de la Sección Cuarta, de Derecho Penal y Penitenciario, don Fernando Díaz Palos; Presidente de la Sección Quinta, de Organización de Tribunales y Derecho Procesal, don Ángel Escudero del Corral. Continuó en el ejercicio de su cargo de Presidente de la Sección Tercera, de Derecho Público, don José Luis Villar Palasí, nombrado por Decreto de 5 de marzo de 1976.

Y más sorprendente aún es que afirme el preámbulo que *lo propio* de nuestra época, lo consustancial a ella, es «la proliferación de disposiciones normativas que son rápidamente modificadas o sustituidas, y ello hace inútil todo intento de codificar con ánimo de otorgar durabilidad a la ley».

El 28 de septiembre de 2015 se promulgaron unos nuevos estatutos de la CGC, que parten de la idea contraria a la que sostiene el decreto de 1997: el indudable valor que continúa teniendo la tarea codificadora. Según el nuevo preámbulo, «la codificación es una técnica legislativa que ordena, sistematiza y clarifica el ordenamiento jurídico, a la vez que contribuye a simplificarlo mediante la reunión de normas dispersas en un texto único. La utilidad de los códigos no se proyecta únicamente sobre la actividad de los profesionales del Derecho, sino también sobre la vida de los ciudadanos, porque facilita a unos y a otros la localización de las normas que rigen las relaciones sociales, e incluso sobre la economía de la nación, porque la claridad del ordenamiento y la seguridad jurídica estimulan el comercio internacional y las inversiones, constituyendo indicadores relevantes en materia de competitividad económica.

Además –sigue diciendo el nuevo preámbulo–, los principios constitucionales que perfilan el Estado de Derecho –la legalidad, la jerarquía normativa, la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos– exigen la clarificación y simplificación del ordenamiento, y la vía más adecuada para obtener esas metas es precisamente la codificación. Unas exigencias que también deben atender a la finalidad de acercar el Derecho a los ciudadanos a través de un lenguaje jurídico accesible y comprensible, adaptado a la realidad social en cada momento».

Las novedades más importantes que presentan los nuevos estatutos de 2015 son las siguientes:

1. Se precisan las funciones de la CGC. Los estatutos de 1997 decían que la CGC es «un órgano [...] de asesoramiento en la preparación de las tareas prelegislativas», y era una fórmula a todas luces inexacta: la CGC no *asesora* en las tareas prelegislativas, sino que *desarrolla por sí misma* tareas prelegislativas. Por eso dice ahora el artículo 1 que «la Comisión General de Codificación es el órgano superior colegiado de asesoramiento al Ministro de Justicia, al que corresponde, en el ámbito de las competencias propias del departamento ministerial al que está adscrito, la preparación de los textos prelegislativos y de carácter reglamentario y cuantas otras tareas se le encomienden para la mejor orientación, preservación y tutela del ordenamiento jurídico».

2. Se amplían las funciones de la CGC al atribuirle la facultad de redactar textos reglamentarios. Podría entenderse que dentro de la expresión «textos prelegislativos» se hacía referencia, en sentido amplio, a todas las disposiciones de carácter general, cualquiera que fuese su rango. Pero lo cierto es que en su dilatada existencia, la CGC solo ha redactado propuestas de ley. Con la función que ahora se le atribuye, podrá encomendársele con más fundamento la redacción de textos reglamentarios.

3. Los nuevos estatutos siguen delimitando con imprecisión el ámbito material de la actuación de la CGC, aunque amplían ese ámbito. Se habla, como hemos visto, de «el ámbito de las competencias propias del departamento ministerial al que está adscrito», es decir, del ministerio de Justicia. Pero el ámbito de actuación de la CGC se amplía ahora al decir el nuevo ap. 2 del artículo 1 que «la Comisión también podrá asumir dichas funciones en materias que sean competencia de otros Ministerios, previa solicitud expresa de estos al Ministro de Justicia». En esta misma línea, y como función 4.^a se enumera hoy en el artículo 3, «la elaboración de dictámenes o informes en aquellos asuntos de carácter jurídico que el Ministro de Justicia, otros departamentos ministeriales o el Gobierno sometan a su consideración».

Se pensó en algún momento de la elaboración de los nuevos estatutos, en suprimir la Sección 3.^a, de Derecho Público, puesto que en la práctica son otros los ministerios que están elaborando las disposiciones de esa naturaleza, tanto si se trata de Derecho administrativo general –los casos más próximos son los de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, elaboradas en el Ministerio de la Presidencia–, como si se trata de Derecho administrativo especial –cuyas normas se elaboran por los ministerios competentes sobre las materias reguladas–. Pero se optó finalmente por mantener la Sección 3.^a, aunque quedará, en buena parte de sus tareas, a merced de los encargos que hagan a la CGC ministerios distintos del de Justicia.

Quisiera hacer alguna precisión sobre esas «competencias propias» del ministerio de Justicia al que se refiere el artículo 1. Aunque el Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, afirma que «el Ministerio de Justicia [...] es el departamento de la Administración General del Estado al que corresponde [...] la preparación y ejecución de la política del Gobierno para el desarrollo del ordenamiento jurídico», falta en nuestro sistema jurídico una configuración del Ministerio de Justicia como el departamento

garante de la legalidad de toda la actuación, normativa y no normativa, del Gobierno. Sin perjuicio de sus competencias propias y exclusivas, el Ministerio de Justicia debería tener una explícita función de carácter horizontal, consistente en velar por la legalidad de la actuación administrativa. Así, sucede, entre otros Ordenamientos, en el Derecho alemán. En la publicación oficial titulada *Aufgaben und Organisation des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz* (Tareas y organización del Ministerio Federal de Justicia y Protección de los Consumidores), Berlín 2014, se dice que «el Ministerio de Justicia es el ministerio de la política legislativa y del asesoramiento jurídico. Su función principal consiste en la garantía y el desarrollo del Estado de Derecho»³; «el Ministerio Federal de Justicia y Protección de los Consumidores (*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*–*BMJV*) –continúa diciendo ese documento oficial– es, sobre todo, un ministerio de legislación, que asesora también a los otros Ministerios Federales en la preparación de sus proyectos legislativos. El Ministerio de Justicia elabora proyectos de leyes y de decretos dentro de su ámbito de competencia, es decir, dentro del campo del derecho civil, del derecho comercial y económico, del derecho penal y del derecho procesal de las diferentes jurisdicciones». «También en el ámbito del derecho constitucional y administrativo, así como en el ámbito jurídico-internacional y europeo –es decir, en todo lo que se agrupa en el concepto de «Derecho público»– es competente el Ministerio de Justicia»⁴.

4. Nueva función es también la de elaborar textos refundidos y textos consolidados. Se le encomienda ahora a la CGC «la revisión de los cuerpos legales y leyes vigentes en las diversas ramas del Derecho y la exposición al Ministro de Justicia del resultado de sus estudios, con especial atención a la conveniencia de promover delegaciones legislativas conducentes a textos legales refundidos o iniciativas para consolidar, armonizar y simplificar disposiciones reglamentarias».

Quisiera detenerme en este punto en tres cuestiones: *a)* las delegaciones legislativas; *b)* la consolidación; *c)* y la denominada «codificación de Derecho constante».

a) La recomendación de «promover delegaciones legislativas» tiene particular sentido cuando se trata de códigos, es decir, de textos extensos y sistemáticos, en los que la delegación legislativa

³ «Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) ist ein Gesetzgebungs- und Beratungsministerium. Zentrale Aufgabe der Rechtspolitik und damit des BMJV ist die Sicherung und Fortentwicklung des Rechtsstaats».

⁴ «Für den Bereich des Verfassungs- und Verwaltungsrechts sowie des Völker- und Europarechts – unter dem Begriff “Öffentliches Recht” zusammengefasst – ist der Bundesministerium der Justiz zuständig». *Ibidem*.

agiliza la tramitación y contribuye a mantener la coherencia del nuevo texto. El *control parlamentario* de los textos refundidos es más ágil que el *procedimiento parlamentario* de elaboración de leyes ordinarias.

La legislación delegada está sometida a dos instrumentos sucesivos de control, que son llevados a cabo por diferentes órganos. El primer control lo realiza el Consejo de Estado. Según el artículo 2, ap. 3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, «el Consejo de Estado en pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos: [...] Proyectos de Decretos Legislativos». El segundo control lo realiza el Congreso de los Diputados. Pero este segundo es un control contingente. Depende de si la delegación legislativa lo ha previsto o no⁵.

Título IV del Reglamento del Congreso de los Diputados –que comprende dos artículos, el 152 y el 153–, lleva por rúbrica «Del control de las disposiciones del Gobierno con fuerza de Ley». El artículo 152 ordena al Gobierno que, cuando hubiera hecho uso de la delegación legislativa, lo comunique al Congreso incluyendo en dicha comunicación el texto articulado o refundido, que se publicará en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Según el artículo 153, si la Ley de delegación ha previsto el control parlamentario, se abre un plazo de un mes para formular reparos al uso de la delegación. Si no se formula reparo alguno, se entiende que la delegación se ha empleado correctamente. En caso de formularse reparo mediante escrito dirigido a la Mesa, la Comisión competente debe emitir Dictamen sobre el mismo para ser elevado al Pleno con los efectos jurídicos que señale la Ley de delegación.

b) La consolidación es una institución desconocida en nuestro Derecho positivo. Consiste simplemente en mantener actualizado el Ordenamiento Jurídico: es decir, incorporar al texto original las reformas sucesivas que se van añadiendo a él, a medida que se van promulgando, e incorporar también, en sus lugares adecuados, las reformas –o derogaciones– que una norma produce en el resto del Ordenamiento jurídico. No existe un órgano público al que se le encomiende esta tarea de consolidación. La hacen las editoriales privadas y la hace también el *Boletín Oficial del Estado* en sus versiones digitales, pero advierte –por cierto, en un lugar apenas visible– que «este documento es de carácter informativo y no tiene valor jurídico», lo que no deja de ser sorprendente cuando se trata del portal informático que ha sustituido a la edición en el papel del *BOE*.

⁵ Artículo 82, ap. 6 CE: «sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control».

Por primera vez aparece ahora en un texto oficial –el decreto regulador de la CGC– la noción de «consolidación», encomendando a la Comisión la función de realizarla, aunque solo en los casos en que expresamente se le encargue.

c) La codificación de Derecho constante está próxima a la refundición, pero no coincide con ella. La codificación de Derecho constante consiste en reunir de manera codificada –y por tanto clara, ordenada y sistemática– normas dispersas en distintos textos legales y reglamentarios sobre una materia determinada. A primera vista pudiera parecer que la función de «preparar legislación codificada» a que se refiere el artículo 3.º, 1.ª de los estatutos de 28 de septiembre de 2015 abarca tanto la codificación reformadora (*codification reformatrice*, como se la denomina en Francia, pionera de este tipo de reorganización del Ordenamiento jurídico) como la codificación de Derecho constante (*codificación a droit constant*, o en expresión de la doctrina alemana *Kodifikation gemäß bestehendem Recht*). Pero a mi juicio no es así. La «legislación codificada» a que se refieren los estatutos de la CGC solo abarca una de las dos modalidades: la codificación española ha sido siempre una codificación reformadora.

La figura más próxima a la codificación de Derecho constante es la refundición. Pero la refundición es una unificación de textos legales, y la codificación de Derecho constante es una reagrupación por materias. El último inciso del artículo 82, ap. 5, CE, establece que «la autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si *se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos*». En esta misma línea, la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/2007, de 4 de julio, ha señalado que la función de refundir «le habilita [al Gobierno] para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático». Como puede advertirse, la codificación de Derecho constante va más allá de la refundición a que se refieren la CE y la citada sentencia.

5. Se precisa la terminología relativa a los textos que elabora la CGC: puede tratarse de «propuestas normativas», «dictámenes» o «informes». Siguiendo el esquema de funciones que contiene la definición de la CGC que establece el artículo 1, podría decirse que *en su función asesora*, la CGC elabora «dictámenes» e «informes» y *en su función prelegislativa* elabora «propuestas normativas».

Los textos articulados que redactan las diversas Secciones de la CGC han de llamarse por tanto, de ahora en adelante, «propuestas normativas». De propuestas se habla ahora, invariablemente, en los artículos 3, 7, 8, 9, 11, 12, 16, 18, 21, 25, 28 y 29 de los nuevos estatutos de 2015. Los estatutos de 1997 llamaba a los textos elaborados por las Secciones, en unas ocasiones, «proyectos» (art. 6, funciones 3.^a y 6.^a), en otras ocasiones «anteproyectos» (art. 21, ap. 2; art. 35), y en otras ocasiones «borradores de anteproyectos» (art. 21, ap. 3 y 4). Los estatutos de 1976 hablaban exclusivamente de «anteproyectos» (art. 18, 19, 21, 23, 24, 26 y 39). Los estatutos de 1953 hablan indistintamente de «proyectos» (arts. 1, ap. 2.^o y 3.^o, 10, disp. trans. 1.^a) y de «anteproyectos» (art. 9, 12, 13). El Decreto de 6 de mayo de 1931 que disuelve la CGC y crea, con funciones semejantes, la Comisión Jurídica Asesora, y que prevé su «incorporación a la estructura constitucional» (cosa que finalmente no haría la Constitución de 1931), le encomienda la elaboración de «proyectos de ley» (art. 2, 3 y 6). Y si nos remontamos a los estatutos de 1875, vemos que los textos que corresponde elaborar a la CGC se denominan «proyectos de ley o de decreto» (art. 1).

6. Se acentúa el carácter estrictamente técnico de la función de los Vocales de la CGC, al imponérseles –y garantizárseles–, por primera vez en la larga historia de la CGC, *la objetividad y la independencia* en el ejercicio de su función. Según el nuevo artículo 10, ap. 2, «los vocales actuarán, en el cumplimiento de su función, con objetividad e independencia, de acuerdo con la Constitución y las leyes». Esta idea procede, en su formulación literal, del artículo 1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

Como una consecuencia ineludible de la objetividad e independencia con la que han de actuar los vocales de la CGC, se suprime ahora la posibilidad de separación libre de los Vocales por el ministro. Antes decía el artículo 10 que «los vocales permanentes serán nombrados y separados libremente por el Ministro de Justicia»; ahora el mismo precepto se limita a decir que «los vocales permanentes serán nombrados libremente por el Ministro de Justicia».

7. Se precisan las causas de cese de los vocales permanentes. Los estatutos de 1997 se limitaban a aludir al cese «por cualquier causa» en el artículo 10; los nuevos estatutos disponen en el mismo artículo que «los vocales permanentes cesarán en el cargo por renuncia, por incapacidad permanente o por inasistencia prolongada a las sesiones de la Sección a que estuvieren adscritos».

Esa noción de «inasistencia» prolongada se precisa en el mismo precepto: «El cese de un vocal permanente por la inasistencia prolongada a las sesiones de su Sección se producirá a petición razo-

nada del Presidente de la misma cuando, al menos, no haya concurrido a la mitad de las reuniones convocadas en un año».

8. Se crea, como nueva categoría de vocal, la de los «vocales honorarios», que antes aparecían nombrados incidentalmente en los estatutos de 1997 (art. 10, ap. 4). Según el nuevo artículo 10, ap. 1, «la Comisión General de Codificación está integrada por vocales natos, vocales permanentes, vocales adscritos y vocales honorarios». Sin embargo la figura del «vocal honorario» no aparece apenas desenvuelta. Los nuevos estatutos se limitan a decir que «en el caso de cese por renuncia [de los vocales permanentes] podrán ser designados vocales honorarios, y seguir asistiendo a la Sección que corresponda e intervenir en sus deliberaciones». No se entiende, por otra parte, la limitación de esta posibilidad de designación como vocal honorario solo a aquellos vocales que hubiesen cesado por renuncia. Era más lógica la amplitud con que se expresaba el artículo 11, ap. 4 de los estatutos de 1997: «Los Vocales permanentes que cesaren por cualquier causa podrán ser designados Vocales honorarios para su adscripción a cualquiera de las Secciones de la Comisión».

9. Se suprime la posibilidad de adscripción doble o múltiple de los vocales a diversas Secciones. El artículo 10, ap. 6, citaba, en su versión de 1997, como uno de los derechos de los vocales permanentes, el «ser adscritos, al menos, a una de las Secciones». Ahora se cita entre esos derechos, el de «ser asignados a una de las Secciones».

10. Se modifica la lista de los vocales natos. Se elimina la consideración de tales de los Presidentes del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo y del Fiscal General del Estado⁶. Se ha entendido que la separación de poderes hacía incongruente la presencia de representantes del poder judicial en un órgano encuadrado en el poder ejecutivo.

Por otro lado se añaden dos vocales natos que ejercen funciones jurídicas en sus respectivos ámbitos de actuación, el jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y el Asesor Jurídico General de la Defensa.

La eliminación de los Presidentes del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de la lista de los vocales natos suscita el problema de la presencia de jueces y magistrados en la CGC. Su intervención en las tareas prelegislativas de la CGC ha sido muy útil a lo largo de la historia. Hoy parecen existir dos obstáculos a esa

⁶ Debe tenerse en cuenta que «el Ministerio Fiscal es un órgano [...] integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial» (art. 2 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

presencia: *a)* Por un lado, el artículo 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que cita entre las incompatibilidades de jueces y magistrados «todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido»; y el precepto no distingue entre asesoramiento a personas privadas o públicas. Por su parte, el artículo 19, ap. 1 in fine Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que «los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del Poder Judicial». *b)* Por otro lado, cabría entender que existe incompatibilidad entre la función prelegislativa y la función judicial, por la posibilidad de que las normas elaboradas en la CGC quedaran en algún momento sometidas a un juicio de legalidad o constitucionalidad.

11. El deber de sigilo de los vocales de la CGC es también objeto de modificación –además de reubicarse con más cierto sistemático el precepto que lo regula (en los estatutos de 1997 y anteriores, el deber de sigilo estaba situado en el capítulo IV, bajo la rúbrica «Archivo de la Comisión», y ahora se adelanta al capítulo III, que lleva como epígrafe «Funcionamiento» de la Comisión)–. El cambio de fondo supone que, en los estatutos anteriores, los vocales estaban obligados a ese deber de sigilo de manera absoluta, sin límite de tiempo; y en los nuevos estatutos, el deber de sigilo cesa con la aprobación de la norma. Según el nuevo artículo 28, «los miembros de la Comisión están obligados a guardar sigilo sobre el estado de las propuestas, dictámenes e informes que se adopten hasta la aprobación de la norma que corresponda y, si no fueran objeto de tramitación, mientras que el Presidente de la Comisión no autorice lo contrario. Esta obligación abarca también el estado de los trabajos, y las deliberaciones, pareceres y votos emitidos en cualquiera de las reuniones».

12. Distinto al deber de sigilo de los vocales es la publicidad de sus propuestas. Esta segunda cuestión no estaba regulada en los estatutos de 1997. Aunque la Ley de Transparencia –la 19/2013– impone la publicidad de los anteproyectos de ley (art. 7), nada dice de los textos prelegislativos de fases anteriores, como son las «propuestas normativas» de la CGC. De ahí que éstas hayan podido someterse a un régimen de publicidad más restrictivo. El nuevo artículo 29 deja a la decisión del Ministro de Justicia la publicidad de las propuestas antes de la aprobación de la norma que de ella derive. Aprobada la norma, la publicidad de la propuesta deberá hacerse en todo caso.

13. Por último, los estatutos de septiembre de 2015 precisan la función de la CGC de velar por la buena técnica legislativa. Esta función de la Comisión se remonta a los segundos estatutos republicanos: concretamente al Decreto de 15 de febrero de 1935, que

en su artículo 2.º se disponía que «la Comisión Jurídica Asesora, a requerimiento del Congreso de los Diputados [...], hará la corrección de estilo de las leyes que a tal fin le sean remitidas por aquél».

Los estatutos de 23 de octubre de 1953 trasladan al ámbito del poder ejecutivo esa función de técnica legislativa que se encomienda a la CGC. Al enumerar las funciones de la Comisión (art. 1) se incluye entre ellas: «4.ª La corrección de estilo de las disposiciones y leyes que le sean encomendada por el Gobierno». La fórmula se repite con alguna variación en los estatutos de 26 de febrero de 1976 (art. 1, 5.ª).

Los estatutos de 1997 encargan a la CGC «la corrección técnica y de estilo de los anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones que le sea encomendada por el Ministro de Justicia». Finalmente, los estatutos de 2015 le encomiendan, con mayor amplitud (art. 3, 5.ª), «la corrección técnica, de claridad del lenguaje jurídico y de estilo de los anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones que le sea encomendada por el Ministro de Justicia».

Resulta evidente en este último precepto el arrastre de la terminología antigua: la función de la CGC de velar por la buena técnica legislativa ha de recaer, ante todo, en sus propias «propuestas normativas». Eventualmente puede proyectarse también sobre textos que procedan de otros departamentos ministeriales, cuando estos lo soliciten al ministro de Justicia.

La propia definición de la CGC que establece el artículo 1 de los nuevos estatutos recalca esta función de la Comisión que ahora quiere potenciarse, al encomendarle «la mejor orientación, preservación y tutela del ordenamiento jurídico».

La aplicación de una correcta técnica legislativa se lleva a cabo de maneras distintas en los Estados europeos. En síntesis podría decirse que, o bien se desarrolla en el ámbito del poder legislativo o bien se lleva a cabo en el ámbito del poder ejecutivo. En el primer caso está Gran Bretaña, que encomienda la corrección técnica al *Office of Parliamentary Counsel*, cuyos miembros o *draftsmen* realizan el control técnico-legislativo en reuniones en que participan representantes del departamento ministerial en que se elaboró la norma; y en el segundo caso está Alemania, en que los ministerios han de remitir sus proyectos a la *Redaktionsstab Rechtssprache* (Comisión del Lenguaje Jurídico) antes de su envío al Parlamento.

En España la función se encomienda, como hemos visto, a la CGC. Como el control de la adecuada técnica legislativa ha de realizarse por un órgano externo a la propia Sección que ha redactado la propuesta, existe el propósito de crear una Sección especial

en la propia CGC (al amparo de lo dispuesto en el artículo 21 de sus nuevos estatutos), integrada por miembros de las Secciones permanentes y por filólogos de la Real Academia Española. Esta Sección especial velará también por la buena técnica legislativa de cualesquiera otros textos prelegislativos que se sometan a su consideración, y que procedan de otros ministerios. La nueva Sección está llamada a asumir las funciones de la *Comisión para la claridad del lenguaje jurídico*, creada por un convenio de colaboración suscrito el 21 de diciembre de 2011 por el Ministerio de Justicia y las Reales Academias Española y de Jurisprudencia y Legislación –entre otras instituciones–, y que es sucesora de la *Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico* creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2009.

Han subsistido, tras la reforma de los estatutos de la CGC de 2015, dos figuras que –a juicio del que esto escribe– deberían haberse suprimido: el Pleno y las Secciones mixtas.

El Pleno debería haberse suprimido por su acreditada ineficacia. A lo largo de estos últimos treinta y cinco años se ha reunido dos veces: el 27 de octubre de 1981 y el 5 de noviembre de 2015⁷. En los estatutos anteriores, el Pleno tenía encomendada la función de aprobar anualmente la «Memoria de actividades» y el «Plan de trabajo de la Comisión». El incumplimiento de la norma ha sido absoluto. Hay que tener en cuenta, además, que el Pleno, con asistencia de los vocales natos y los permanentes, puede alcanzar el número de doscientas personas, lo que le hace escasamente operativo.

Sin embargo, a lo largo de la tramitación de los nuevos estatutos, la supresión del Pleno suscitó la oposición de otros departamentos ministeriales, y se decidió finalmente reincorporarlo al texto. Pero ha quedado finalmente con unas competencias muy desdibujadas. Según el nuevo artículo 16, «el Pleno se convocará por iniciativa del Presidente de la Comisión cuando lo estime oportuno y, en particular, para conocer de aquellos asuntos y expedientes que, después de haber sido objeto de consideración por la Comisión Permanente o por las Secciones, considere que deban serlo por razón de su importancia». La competencia para elaborar la «Memoria de actividades» ha quedado ahora encomendada a la Comisión Permanente (art. 17), y el «Plan de trabajo de la Comisión» ha quedado como un documento contingente, que puede existir o no (frente a su carácter obligatorio en los estatutos de 1997: art. 16), y que, de existir, el Ministro puede, simplemente, comunicar al Pleno.

⁷ Como Pleno se convocó también el homenaje a la memoria de Joaquín Garrigues Díez-Cañabate que se celebró el 18 de febrero de 1983, con motivo de su fallecimiento.

Las Secciones mixtas deberían haberse suprimido porque se superponen inútilmente a los grupos de trabajo regulados en el artículo 20. Los grupos de trabajo están formados por los Vocales de diversas Secciones, a los que el Presidente de la CGC encomiende un trabajo concreto (art. 20). Y las Secciones mixtas están igualmente formadas «con la concurrencia de los miembros de más de una Sección, cuando así lo decida el Presidente de la Comisión» (art. 14. ap. 2).

El modelo de CGC que reflejan los nuevos estatutos de 2015 es el mismo que se configuró en 1843. Es el que podríamos llamar «de mesa redonda»: unas cuantas personas –a veces muy pocas– sentadas en torno a una misma mesa redactan los textos prelegislativos. Y quizá, en algún momento, habrá que configurar una CGC del tipo de la *Commission Supérieure de Codification* francesa⁸: es decir un «modelo piramidal», en que cada vocal recibe un encargo concreto, que es parte de un futuro texto común, y tiene a su disposición, para el desarrollo normativo de la parte que se le encomiende, el número de funcionarios administrativos –con cualificación jurídica o técnica, según convenga en cada caso– que considere adecuados para el cumplimiento de la función a desarrollar.

Se ha considerado oportuno hacer coincidir la entrada en vigor de los nuevos estatutos con una reactivación de las tres secciones de la CGC que desde hace varias décadas se habían mantenido inactivas: la tercera, de Derecho Público; la cuarta, de Derecho Penal; y la quinta, de Derecho Procesal. A través de tres Reales Decretos de igual fecha –2 de octubre de 2015– el Consejo de Ministros ha nombrado a los presidentes de esas tres secciones⁹.

Solo en dos momentos de su larga historia ha tenido la CGC una estructura operativa tan amplia y un número tan alto de Vocales: cuando elevó a cinco el número de Secciones el decreto de 15 de febrero de 1935 –aunque la irrupción de la guerra civil apenas las dejó funcionar–, y cuando, tras haber sido reducido el número de Secciones, volvieron a ser cinco desde el Real Decreto de 26 de febrero de 1976 –aunque tres de ellas quedaron pronto inactivas–. No sabemos cuánto va a durar esta reactivación de las cinco Secciones, de la que solo tenemos experiencia desde el mes de noviembre de 2015. Depende de los ministros –no solo del Ministro de Justicia– el uso que quiera hacerse de la CGC, y por tanto la eficacia que tenga la Comisión en el futuro.

⁸ Regulada por el *Décret n°89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification*

⁹ Presidente de la Sección tercera, de Derecho Público, don José Luis Piñar Mañas; Presidente de la Sección Cuarta, de Derecho Penal, don Esteban Mestre Delgado; Presidente de la Sección Quinta, de Derecho Procesal, don Julio Banacloche Palao.

Los Principios latinoamericanos de derecho
de los contratos: una revisión crítica.
Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16
y 17 de junio de 2016. Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación¹

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA

Profesora titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Este artículo da cuenta de la situación en la que actualmente se encuentran los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. En junio de 2016 se han celebrado unas jornadas, organizadas por la Universidad Autónoma de Madrid y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, para analizar y debatir sobre los Principios y las soluciones que plantean a las grandes cuestiones del derecho de contratos. Se incluye como anexo la versión actual de los Principios.

PALABRAS CLAVE

Derecho de contratos, Principios latinoamericanos de derecho de los contratos; Lex mercatoria; Formación del contrato; Definición y elementos del contrato; Negociación del contrato; Vicios del consentimiento: error, dolo, violencia y excesiva desproporción; Nulidad; Efectos del contrato frente a terceros; Representación; Interpretación; Cumplimiento; Incumplimiento; Fuerza mayor y caso fortuito; Imposibilidad; Remedios frente al incumplimiento; Cumplimiento específico; reparación y sustitución del

¹ Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación «Los Principios latinoamericanos de derecho de contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación» (DER2014-53972), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

cumplimiento defectuoso; Reducción del precio; Resolución por incumplimiento; Indemnización de daños; Mitigación del daño; Cláusula penal.

ABSTRACT

This paper provides an updated description of the current status of the Principles of Latin American Contract Law. In June 2016, the Autonomous University of Madrid, in joint venture with Spain's Royal Academy of Jurisprudence and Legislation, held a two day conference in Madrid to analyze and debate around the main issues of contract law, having special regard to the said Latin American Principles. This paper summarizes the debate and conclusions of the conference. An up to date version of the Principles is hereby provided in an Annex.

KEYWORDS

Contract Law; Principles of Latin American Contract Law; Lex mercatoria; Formation of the contract; Definition and elements of a contract; Contract negotiation; Defects of the contract: Mistake, Fraud, Threat and Gross disparity; Nullity of contract; Effects of a contract on third persons; Agency; Interpretation; Performance; Non-performance; Force majeure; Impossibility; Remedies for non-performance; Specific performance; Repair and replacement of defective performance; Price reduction; Termination for non-performance; Damages; Mitigation of loss; Penalty clause.

SUMARIO: I. Estado actual de los Principios Latinoamericanos de derecho de los contratos.–II. Estudio y análisis crítico de los PLDC.–III. Primera parte. El contrato: formación y efectos en los PLDC.–IV. Segunda parte. El cumplimiento y el incumplimiento del contrato en los PLDC.–V. Consideración final.

I. ESTADO ACTUAL DE LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos (en adelante, PLDC) tienen su origen en el trabajo desarrollado por un grupo de juristas, fundamentalmente académicos, de varios países de Latinoamérica (en concreto, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Uruguay y Venezuela), auspiciados por la

*Foundation pour le droit continental*¹. Este grupo se marcó como objetivo principal elaborar unos Principios de derecho de los contratos que supusieran una armonización y a la vez una modernización del derecho de contratos en Latinoamérica. Desde el inicio de sus trabajos, fueron conscientes de que el éxito de este proyecto requería, por un lado, rescatar la cultura jurídica de los países latinoamericanos y, además, en lo posible, mejorar los aspectos técnicos de las soluciones ofrecidas por otros instrumentos transnacionales².

Para dar cumplimiento a su proyecto, y con la intención de reconocer una identidad jurídica regional, comenzaron por elaborar un cuestionario compuesto por treinta y nueve preguntas sobre los aspectos fundamentales del derecho de contratos. Este cuestionario fue respondido por los profesores de los diferentes países participantes, y dio lugar a un informe de cada país con un diagnóstico del estado de la doctrina y jurisprudencia en las principales cuestiones del derecho de contratos³. Este primer trabajo, con los informes nacionales, se publicó en 2012, bajo el título *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, coordinado por el profesor Pizarro⁴. La elaboración de los informes nacionales permitió poner de relieve que la supuesta identidad del derecho de contratos en Latinoamérica no era del todo evidente, si bien dejó patente que muchos de los códigos de la región se inspiraban en distintas influencias del derecho europeo⁵.

Ante esta situación, los futuros redactores de los PLDC buscaron una solución de compromiso entre la supuesta identidad del derecho de contratos en Latinoamérica y la innovación; su intención no era elaborar en Latinoamérica una copia de los Principios europeos de derecho de contratos (en adelante PECL), sino que tenían claro que necesitaban un texto original, que respondiera a su

¹ De forma paralela a lo que fue el germen de los PECL en los años 90, la idea surgió en 2010, entre un grupo de profesores latinoamericanos que, en una *soirée* en Rennes, tras la participación en un congreso internacional sobre derecho de contratos, decidió emprender la aventura (*vid.* más detalles en PIZARRO, Carlos (coord.), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica. (Bases para unos Principios de derecho de los contratos)*, Santiago de Chile, 2012, pp. 15 y 16.

² PIZARRO, Carlos (coord.), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica. (Bases para unos Principios de derecho de los contratos)*, p. 16.

³ El cuestionario compartió una misma metodología para responderlo, centrada en la doctrina de cada país y en las decisiones de sus tribunales (prescindiendo de hacer referencias a la doctrina extranjera).

⁴ PIZARRO, Carlos (coord.), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica. (Bases para unos Principios de derecho de los contratos)*, Santiago de Chile, 2012.

⁵ MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *ADC*, p. 230.

propia tradición y a la vez aportara innovación en aquellos aspectos que fueran necesarios⁶. Según reconoce el equipo de trabajo, fueron varios los textos que tuvieron en cuenta a la hora de redactar los PLDC: desde textos nacionales como la Propuesta española de modernización del Derecho de obligaciones y contratos contenido en el Código civil español (en adelante, PMCC), el proyecto de Código civil argentino y la propuesta de reforma del *Code civil* elaborada por Terré, hasta textos internacionales de *soft law*, (como los mencionados PECL y los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales; en adelante, Principios UNIDROIT)⁷.

Con estos mimbres, en noviembre de 2013, presentaron un primer borrador de los PLDC⁸. Dicho borrador fue objeto de debate en las jornadas «El derecho de los contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento», celebradas en Santiago de Chile y Valparaíso, los días 19 y 20 de noviembre de ese mismo año⁹. Un año después, en octubre de 2014, se elaboró una versión más amplia de los PLDC, que fue objeto de presentación y análisis en el Congreso «The future of Contract Law in Latin America», celebrado en la Universidad de Oxford (Reino Unido), el 25 de junio de 2015¹⁰. La última versión de los PLDC disponible en estos momentos (recogida como Anexo en este trabajo) es de octubre de 2015. Esta versión, con un total de 120 artículos, comprende, en principio, la regulación completa de los PLDC, que están compuestos de 8 capítulos. El capítulo primero o preliminar contiene las reglas de apli-

⁶ VIDAL OLIVARES, Álvaro, «Incumplimiento contractual y pretensión de cumplimiento en los Principios Latinoamericanos de Derecho de contratos (PLDC)», en *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Vaquer, A., Bosch, E. y Sánchez, M. P. (ed.), Barcelona, 2015, pp. 745 a 748, p. 747, pone de manifiesto que en el grupo de trabajo se pueden identificar dos sectores, uno de ellos, de marcada influencia francesa y con apego a los códigos decimonónicos y otro, más innovador con marcada influencia de los textos del denominado moderno derecho de contratos (CISG, PECL, DCFR...). El autor reconoce que ha sido difícil alcanzar soluciones de consenso en materias como el incumplimiento y sus efectos.

⁷ MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *ADC*, p. 230.

Vidal Olivares añade a la lista el Borrador de marco común de referencia (DCFR). Vidal Olivares, Álvaro, «Incumplimiento contractual y pretensión de cumplimiento en los Principios Latinoamericanos de Derecho de contratos (PLDC)», p. 746.

⁸ Se puede ver el texto íntegro de esta primera versión en MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *ADC*, 2014, I, pp. 227 a 254, pp. 241-254.

⁹ La crónica de estas jornadas puede verse en MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *ADC*, 2014, I, pp. 227 a 254.

¹⁰ Vid. la reseña al Congreso en GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz, «The future of Contract Law in Latin America. 25 de junio de 2015. Institute of European and Comparative Law, University of Oxford (Reino Unido)», en *ADC*, 2015, III, pp. 1083 a 1090.

cación y la función de los Principios, además de los principios generales en los que se basan; el segundo está dedicado a la formación del contrato; el tercer capítulo tiene por objeto la nulidad del contrato; el cuarto está consagrado a la simulación; el quinto versa sobre los efectos del contrato frente a terceros; el sexto establece las normas de interpretación; el séptimo está dedicado al cumplimiento de las obligaciones contractuales; y el octavo y último capítulo contiene la normativa sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

En este estado de cosas, los miembros del grupo que han elaborado los PLDC han considerado que ha llegado el momento de dar difusión a su trabajo y someter el contenido de los PLDC a un proceso de análisis y discusión para afinar su redacción antes de comenzar la tarea de elaborar unos comentarios que los complementen¹¹.

II. ESTUDIO Y ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PLDC

Precisamente con la finalidad de llevar a cabo esta tarea de revisión de los PLDC en su versión más reciente, se han planteado las *Jornadas de discusión y análisis de los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos*, celebradas el 16 y 17 de junio de 2016, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Estas Jornadas, organizadas por los profesores Antonio Manuel Morales Moreno y Nieves Fenoy Picón (Universidad Autónoma de Madrid), en el marco del Proyecto de investigación financiado por el MINECO, «Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», se concibieron para llevar a cabo un estudio crítico de cada una de las diferentes secciones de los PLDC. Atendiendo a la sistemática de los PLDC, tras una conferencia inaugural, las Jornadas se organizaron en dos partes: la primera dedicada a la perfección del contrato y sus efectos y la segunda centrada en el cumplimiento e incumplimiento del contrato. Cada una de ellas se dividió en una serie de sesiones monográficas, que se organizaron bajo la siguiente estructura: exposición de tema por parte de uno de los profesores que de forma directa o indirecta había participado en la elaboración de los PLDC, seguida de la intervención de dos especialistas en la materia que realizaban una mirada crítica al texto, para finalizar con un debate abierto al público asistente.

¹¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, «Incumplimiento contractual y pretensión de cumplimiento en los Principios Latinoamericanos de Derecho de contratos (PLDC)», p. 746.

El profesor Morales Moreno pronunció las palabras de bienvenida a los asistentes y dio las gracias a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación por acoger las Jornadas. La conferencia inaugural corrió a cargo de Álvaro Vidal Olivares (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile), uno de los principales promotores de los PLDC¹². Comenzó recordando que los PLDC «no tienen aspiración de constituir una especie de código latinoamericano de los contratos», sino que se han elaborado con la doble finalidad «de servir de instrumento de aplicación directa por jueces o árbitros (...) y como modelo para modificar el derecho interno». A continuación centró su intervención en la aspiración de que los PLDC se apliquen como *lex mercatoria*. En concreto, el profesor Vidal defendió que los PLDC podrían constituir una manifestación de *lex mercatoria*, «no porque los principios así lo ordenen» sino por dos razones fundamentales: una vinculada a su elaboración «neutral» por un grupo de expertos que provienen de diferentes ordenamientos jurídicos, sin la participación directa de ningún gobierno o estado; y la otra, que se refiere al hecho de que «se han construido a partir de una base normativa local compartida entre los distintos ordenamientos intervinientes y del modelo que ofrecen los instrumentos internacionales». El ponente concluyó que si se alcanzaba este objetivo, los Principios habrían demostrado con creces su valía.

III. PRIMERA PARTE. EL CONTRATO: FORMACIÓN Y EFECTOS EN LOS PLDC

1. La primera parte de las jornadas, dedicada a los aspectos relativos a la formación del contrato y sus efectos, se inició con la sesión sobre: «Los elementos del contrato y su perfección». El profesor Íñigo de la Maza Gazmuri (Universidad Diego Portales, Chile), uno de los autores de los Principios, fue el encargado de realizar la ponencia de presentación¹³. Comenzó su intervención resaltando la tensión ya referida en la elaboración de los PLDC entre el ánimo de algunos de continuar la tradición del derecho de contratos codificado y el ánimo de otros, de romper o superar dicha tradición. En el caso de la noción de contrato y sus elementos esen-

¹² Agradezco al prof. Vidal Olivares que me haya permitido acceder al texto de sus diversas intervenciones en las Jornadas; la información y las citas textuales están tomadas de dichos documentos.

¹³ Quiero dar las gracias al prof. de la Maza Gazmuri por haberme dado acceso al texto de sus diversas intervenciones en las jornadas. Tanto la información como las citas textuales están tomadas de dichos textos.

ciales, el ponente afirmaba que prevaleció el ánimo continuista con el derecho contenido en los códigos latinoamericanos. Así lo corroboran el artículo 8 PLDC, que define el contrato como «un acuerdo por el cual dos o más partes crean, transfieren, modifican o extinguen un vínculo jurídico de contenido económico» y el artículo 9 PLDC que declara que «son elementos esenciales para la formación del contrato el consentimiento, el objeto y la causa». Como mostraba el prof. de la Maza, esta opción continuista en materia de elementos del contrato, que no se corresponde con la adoptada en otros aspectos regulados en los PLDC, ha provocado que existan ciertas cuestiones que no han quedado claramente resueltas. En este sentido, citó el ponente, como ejemplo, los casos de imposibilidad originaria, que pueden contemplarse como falta de objeto (art. 38.1 PLDC), pero que también encajan en algunos supuestos de error (art. 28 PLDC) y de incumplimiento (art. 79 PLDC) cuyas consecuencias son diferentes. Y algo similar sucede con la exigencia de causa en el contrato (art. 9 PLDC).

Sin embargo, tratándose de las cuestiones relativas a la negociación y formación del contrato, según indicó el prof. de la Maza, prevaleció el ánimo rupturista. En primer lugar, a diferencia de los códigos decimonónicos, en los PLDC se establece expresamente la exigencia de buena fe durante el periodo precontractual (art. 7 PLDC) y se tipifican algunos de los deberes que de ella derivan (arts. 10 a 12 PLDC). Como señala el ponente, se trata de una ruptura leve, que no rompe con el modelo codificado, sino que lo complementa, actualizándolo conforme a la jurisprudencia, con unas reglas claramente inspiradas en los PECL y en los Principios UNIDROIT.

Mayor rupturismo aún, según el ponente, plantean las reglas relativas a la formación del consentimiento (arts. 13 y ss. PLDC). Frente a la tradición codificada que «estructura de manera más bien formalista el proceso de perfección del contrato entorno al encuentro, sin fisuras, de dos voluntades», los PLDC -siguiendo el modelo iniciado en la CISG- optan por «un modelo de formación del consentimiento que procura tutelar equilibradamente las posiciones de ambas partes», y permite que haya consentimiento aunque oferta y aceptación no coincidan exactamente (art. 25 PLDC). Así, el prof. de la Maza sostenía que la regulación de los PLDC sigue protegiendo la autonomía privada, aunque no de forma exclusiva, ya que también tienen en cuenta la protección de la confianza y la seguridad jurídica.

A continuación de esta primera ponencia, la profesora María Paz García Rubio (Universidad de Santiago de Compostela) se

ocupó de los aspectos relativos a la etapa precontractual y analizó el texto de los PLDC comparándolo con la PMCC y con la reciente reforma del Código civil francés. Previamente, hizo algunas observaciones sobre la definición de contrato contenida en el artículo 8 PLDC, muy similar a la del Código civil francés (art. 1101 del Cc francés tras la reforma de 2016) y planteó ciertas reflexiones respecto a la utilización de la expresión «transfieren». Además, hizo hincapié en el hecho de que el artículo 9 PLDC mencione la causa como un elemento esencial del contrato (por contraposición a lo que sucede en la reciente reforma del Código civil francés). En cuanto a la regulación sobre la negociación del contrato, consideró muy conveniente la regulación del deber de confidencialidad y sus consecuencias y echó en falta referencia a deberes precontractuales de información. Por último, propuso la incorporación de alguna referencia a los acuerdos precontractuales.

Para terminar esta sesión, Francisco de Elizalde Ibarbia (Instituto de Empresa) abordó un análisis de los PLDC desde la perspectiva del moderno derecho de contratos y centró su intervención en una visión crítica de las nociones de contrato, objeto del contrato y cumplimiento e incumplimiento en los PLDC. Hizo especial incidencia en las normas de formación del contrato, donde echó en falta que se hubiera incluido en la versión actual del texto algún precepto relativo a las condiciones generales de la contratación.

2. En la segunda sesión, dedicada a «Los vicios del consentimiento y sus consecuencias», de nuevo el prof. Íñigo de la Maza se encargó de realizar la ponencia de presentación. Según indicó, la regulación sobre los vicios del consentimiento en los PLDC es una mezcla de continuidad y ruptura con el derecho codificado. Existe continuidad en cuanto a la consideración del error, el dolo y la intimidación como vicios del consentimiento. Sin embargo, el tratamiento que reciben dista mucho de lo previsto en el derecho codificado, en algunos casos. Así sucede, por ejemplo, según el ponente, en el caso del error y del dolo. La noción de error prevista en el artículo 28 PLDC ensancha el campo operativo de esta figura respecto a lo que preveían los códigos decimonónicos (lo relevante es su entidad, que afecte severamente a la voluntad de una persona razonable e incluye tanto el error en los motivos como el de derecho). Ahora bien, para que el error sea considerado vicio del consentimiento, es necesario que encaje en alguna de las hipótesis del artículo 29.1 PLDC y, además, no ser excusable (art. 29.2 PLDC). Por último, señalaba el ponente que, en la regulación propuesta en los PLDC, puede evitarse la anulación del contrato si la parte que

no ha sufrido el error ofrece ejecutar el contrato en los términos en los que lo entendió el *errans* (art. 30 PLDC).

En cuanto al dolo, indicaba el prof. de la Maza que se ha procedido a definirlo en los términos del moderno derecho de contratos (lo relevante es la existencia de engaño, comprende el dolo omisivo y puede provenir de un tercero; art. 32 PLDC) y se ha dedicado un precepto a los efectos indemnizatorios que provoca (art. 33 PLDC) aunque sin determinar qué daños han de indemnizarse.

El ponente incidió también en que al elenco tradicional de vicios del consentimiento, los PLDC añaden «la excesiva desproporción». Según el artículo 37 PLDC, estaremos ante este vicio del consentimiento cuando, en el momento de perfeccionarse el contrato, exista «una ventaja excesiva» (cuya determinación debería ser considerada en los futuros comentarios) y «la consecución de esa ventaja resulte contraria a las exigencias de la buena fe». Las consecuencias previstas para este vicio son la nulidad o la adaptación del contrato a lo que las partes hubieran negociado de buena fe.

La profesora Nieves Fenoy Picón que intervino a continuación, centró su análisis en un supuesto concreto: «la imposibilidad originaria» (física y absoluta). Según expuso, los PLDC adoptan un criterio tradicional al establecer como elementos esenciales del contrato el consentimiento, el objeto y la causa (art. 9 PLDC), y lo mismo sucede cuando fijan que el objeto del contrato debe ser determinado o determinable, posible y lícito (art. 38 PLDC). En cambio, adoptan una visión moderna al regular la nulidad del contrato (relativa y absoluta). Respecto de los dos tipos de nulidad que contemplan, recordó que la nulidad absoluta se aplica en los supuestos en los que el contrato «contraviene la ley, el orden público o las buenas costumbres» y la nulidad relativa opera en los casos en los que «la ley impone esa sanción solo en protección del interés de ciertas personas» (art. 41 PLDC). Partiendo de que los PLDC carecen de una norma que regule expresamente los efectos de la imposibilidad originaria y de que la normativa sobre nulidad tampoco establece cuáles son los supuestos concretos de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa, la profesora Fenoy buscó una solución para la imposibilidad originaria que lleve aparejada la nulidad relativa, sin tener que acudir a la figura del error y sus consecuencias. Para ello se centró en el tenor literal del artículo 41 PLDC y propuso entender que a la imposibilidad originaria le resulta aplicable el régimen de la nulidad relativa «porque esa es la sanción que corresponde *solo en protección del interés de ciertas personas*». En cualquier caso, concluyó que sería oportuna una

mayor precisión o explicación de este precepto, cuya redacción actual resulta demasiado escueta y concluyó su exposición manifestando la necesidad de un comentario oficial que explicara los Principios.

Para terminar con la sesión dedicada a los vicios del consentimiento, el profesor Pedro del Olmo García (Universidad Carlos III de Madrid) tras analizar la regulación de los PLDC sobre intimidación, concluyó con una valoración muy positiva de la misma, si bien, se preguntó por la posibilidad de contemplar una intimidación de tercero. Por lo que respecta a la «excesiva desproporción» ya mencionada, valoró positivamente su inclusión en el elenco de vicios del consentimiento y el tratamiento general que se le ha dado.

3. La jornada continuó con la sesión dedicada a «La nulidad del contrato y sus efectos» (arts. 41 a 52 PLDC). En esta ocasión, la ponencia de presentación de los PLDC corrió a cargo del profesor Gonzalo Severin Fuster (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile), quien centró su intervención en exponer la génesis del capítulo de los PLDC dedicado a la nulidad¹⁴. Según indicó, inicialmente no estaba previsto incluir una regulación específica sobre la nulidad del contrato y sus efectos (la primera versión publicada de los PLDC no la contiene¹⁵). En el primer borrador de los Principios, únicamente se hacía referencia a la nulidad relativa en supuestos de vicios del consentimiento y, como novedad rupturista con la tradición de los códigos decimonónicos (siguiendo muy de cerca lo previsto en los Principios UNIDROIT, los PECL y el DCFR), se contemplaba su ejercicio extrajudicial, mediante notificación y también mediante demanda judicial o excepción. La decisión de incorporar un capítulo dedicado a la nulidad fue tardía, según el ponente, cuando ya se había avanzado mucho en la elaboración de los PLDC, y supuso un giro importante respecto a lo inicialmente planteado.

El prof. Severin relató que, en el grupo que elaboró los PLDC, se abrió una discusión sobre dos aspectos importantes: la nulidad extrajudicial, por un lado, y el alcance y contenido que debía tener la regulación de la nulidad en los PLDC, por otro. Finalmente, se aprobó el texto que actualmente forma el capítulo dedicado a la nulidad del contrato, aunque «varios artículos fueron aprobados *con prevención de ser necesaria una revisión de su redacción*». En

¹⁴ El prof. Severin ha tenido la amabilidad de proporcionarme el texto de su ponencia, tanto la información como las citas textuales se corresponden con el documento recibido.

¹⁵ Cfr. el texto de la versión de 2013 de los PLDC en MORALES MORENO, *ADC*, 2014, pp. 241-254

su presentación actual, el capítulo dedicado a la nulidad está compuesto por dos artículos generales (arts. 41 y 42 PLDC), a los que les siguen tres secciones: la primera, que se ocupa de la «nulidad absoluta», la segunda, consagrada a la «nulidad relativa», y la tercera, sobre los «efectos de la nulidad». Esta sistemática fue objeto de un comentario crítico por parte del ponente. Así, por citar algún ejemplo, en el caso del artículo 41 PLDC, dedicado a describir los dos tipos de nulidad que se contemplan (relativa y absoluta) ni siquiera ofrece una visión clara de en qué consiste cada una, o al menos, cuales son las causas de nulidad.

Completaron la mesa sobre esta sección los profesores Ignacio Díaz de Lezcano Sevillano (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria) y Carmen Jerez Delgado (Universidad Autónoma de Madrid). El prof. Díaz de Lezcano por un lado, centró su intervención en la figura de la nulidad absoluta y en observaciones concretas a cada uno de los preceptos destinados a su regulación (arts. 41 a 45 PLDC). Por otro lado, la profesora Jerez se centró en el análisis de la nulidad relativa regulada en los PLDC. La profa. Jerez lamentó que en la versión actual, los PLDC se hayan decantado en este punto por respetar la tradición codificada, especialmente, en el hecho de contemplar la nulidad como una «sanción» cuando realmente se trata de un «mecanismo de protección para una de las partes contratantes» y en el hecho de que no se haya admitido finalmente la posibilidad de su ejercicio extrajudicial, mediante notificación.

4. Se puso fin al primer día de las Jornadas con la sesión dedicada a «Los efectos del contrato frente a terceros y a la interpretación del contrato» (capítulos 5 y 6 de los PLDC). María Graciela Brantt Zumarrán (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile) fue la encargada de realizar la exposición general de ambas materias¹⁶. Según informó, el capítulo 5, titulado «Efectos del contrato frente a terceros», no estaba presente en las primeras versiones de los PLDC y se incorporó posteriormente, primero con la denominación «intervención de terceros» y, finalmente, con la actual.

La ponente se ocupó de las tres secciones que contiene («Representación», «Estipulación a favor de otro» y «Promesa del hecho ajeno») e incidió especialmente en la sección dedicada a la representación (arts. 55 a 64 PLDC), que tiene preceptos destinados a reglamentar su ámbito de aplicación (representación voluntaria),

¹⁶ Quiero mostrar mi agradecimiento a la profesora María Graciela Brantt, que me ha facilitado el texto íntegro de las ponencias que ha realizado en las jornadas. Tanto la información que recojo como las citas textuales, provienen de dichos documentos.

proporcionar un concepto de «representación» y regular la representación directa e indirecta, los límites de la actuación del representante, la actuación sin poder, la sustitución del representante, la pluralidad de representantes, el conflicto de intereses y la modificación y extinción del poder de representación. La normativa de los PLDC, al igual que los textos del moderno derecho de contratos, centra su atención en la relación externa y, como indica la profa. Brantt, merece una revisión detenida para solventar problemas de redacción y sistemática.

En la línea apuntada, la profesora Beatriz Gregoraci Fernández (Universidad Autónoma de Madrid) realizó un análisis crítico de esta sección de los PLDC y formuló interesantes observaciones de cara a su revisión, relativas a cuestiones estructurales; propuso, en concreto, que se dedicara a la representación un capítulo propio; que se refundieran algunos preceptos como los art. 56 y 58 PLDC, contemplando el concepto y los tipos de representación. También puso de relieve la existencia de ciertas lagunas en aspectos como la delimitación del ámbito objetivo, el concepto y los tipos de representación, los tipos de poder y las causas de extinción del poder. Por último, recomendó ciertas matizaciones al contenido de algunos preceptos de la sección y planteó ciertas dudas que le surgieron de su lectura.

En relación al otro capítulo al que se dedicaba esta sesión, el capítulo 6 (arts. 70 a 77), consagrado a la interpretación del contrato, la Profa. Brantt expuso la evolución que ha sufrido el texto hasta su redacción actual, para llegar a la conclusión de que «las disposiciones del capítulo reflejan el interés por mantener una regla tradicional y vigente en general en los derechos latinoamericanos que siguen el denominado sistema subjetivo de interpretación, aunque se incorporan algunos elementos de carácter objetivo para la definición de la intención común de las partes».

Sobre la normativa de los PLDC en materia de interpretación del contrato, el profesor Carles Vendrell (Universidad Autónoma de Madrid) manifestó su preferencia por el modelo instaurado en la CISG, que mediante un único precepto (art. 8 CISG) da cobertura de forma sintética a la regulación sobre interpretación de las declaraciones y otros actos de las partes contratantes. Entrando en el detalle de la regulación de los PLDC, manifestó ciertos reparos respecto de lo establecido en varios de sus preceptos. Así, por citar algún ejemplo, le preocupaba el uso que se le pueda dar a lo previsto en el artículo 77 PLDC («en todo caso el contrato deberá ser

interpretado conforme a la buena fe») y destacó que el artículo 71 PLDC, que establece los criterios para la interpretación de la intención de las partes, no es exhaustivo y contiene una regulación discutible.

IV. SEGUNDA PARTE. EL CUMPLIMIENTO Y EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN LOS PLDC

Como ya se ha apuntado, el segundo día de las jornadas estuvo destinado a analizar los capítulos 7 (Cumplimiento de las obligaciones contractuales) y 8 (Incumplimiento de las obligaciones contractuales) de los PLDC.

1. La primera sesión tuvo como objeto «El cumplimiento y el incumplimiento en los PLDC». La ponencia de presentación de ambos capítulos corrió a cargo del prof. Vidal, quien se centró principalmente en el «incumplimiento».

El cumplimiento aparece definido en el artículo 78 PLDC como «la ejecución de la prestación en los términos en que fue acordada» y Máximo Juan Pérez García (Universidad Autónoma de Madrid) fue el encargado de analizar los preceptos dedicados al «cumplimiento de las obligaciones contractuales» (arts. 78 a 84 PLDC)¹⁷. Comenzó su intervención manifestando una valoración positiva, en términos generales, de la regulación proyectada. Ello no fue óbice para que propusiera cambios de redacción en algunos preceptos, con la finalidad de clarificar su alcance, evitar duplicidades o regular cuestiones que la normativa no aborda. Así, por ejemplo, en relación con el artículo 81 PLDC, dedicado al cumplimiento anticipado, apuntó que sería conveniente establecer una regla que determine a quién beneficia el plazo para el cumplimiento cuando no se deduce del contenido del contrato o de las circunstancias del mismo y, echó en falta una normativa sobre las consecuencias de un cumplimiento anticipado que se deba a un error excusable y cognoscible para la otra parte (acreedor). También hizo observaciones críticas respecto de la regulación de la exigibilidad anticipada de la obligación (art. 82) y llamó la atención sobre la ausencia de una mayor concreción del régimen jurídico del tercero que paga la deuda, cuestión regulada en el artículo 83 PLDC. El prof. Pérez concluyó su intervención poniendo de relieve la falta de una referencia expresa en los PLDC a la necesaria colaboración del acree-

¹⁷ Agradezco al Prof. Pérez que me haya permitido acceder al texto de su intervención. La información aquí recogida se corresponde con el documento que me ha proporcionado.

dor en el cumplimiento y se mostró partidario de una regulación de la figura de la consignación para que el deudor quede liberado en los casos en los que el acreedor se negare a recibir el pago.

La exposición y análisis del capítulo dedicado al «Incumplimiento de las obligaciones contractuales» y, más concretamente, de los preceptos relativos al «incumplimiento en general» (arts. 85 y 89 PLDC) corrió a cargo de Álvaro Vidal, junto con la autora que suscribe estas páginas. Se trata de un capítulo que está claramente inspirado en el moderno derecho de contratos, si bien, a mi juicio, presenta ciertas reminiscencias del derecho codificado, al menos terminológicas, como sucede en el propio título del capítulo, que podría haberse referido directamente a «incumplimiento del contrato» o la propia noción de incumplimiento (art. 85.1 PLDC: «falta de ejecución de la prestación en la forma pactada»).

Más allá de estas consideraciones, el prof. Vidal hizo hincapié en el hecho de que la noción de incumplimiento que manejan los PLDC es amplia y neutra. Se trata de una noción «amplia» (engloba cualquier tipo de manifestación del mismo: falta de cumplimiento, cumplimiento tardío, cumplimiento defectuoso o imperfecto). Los PLDC, siguiendo el modelo de la CISG y de la PMCC incluyen supuestos en los que la falta de cumplimiento del deudor tiene su causa en la acción u omisión del propio acreedor o sus auxiliares, si bien, en estos casos, se le priva al acreedor de la posibilidad de invocar dicho incumplimiento (art. 87 PLDC)¹⁸. Además, especifican que «en el hecho del deudor, se incluye la acción u omisión de las personas que emplee para ejecutar la prestación debida».

Según el prof. Vidal, la noción de incumplimiento contemplada en los PLDC es objetiva (o «neutra») en el sentido de que no importa cual haya sido la causa que lo ha provocado. Existe incumplimiento con independencia de si es o no imputable al deudor (o excusable, como prefería decir el prof. Vidal). El incumplimiento no será imputable al deudor cuando exista «fuerza mayor o caso fortuito» («hecho ajeno al control del deudor que, sin ser un riesgo a su cargo, le impide cumplir la obligación, temporal o definitivamente, y cuyo acaecimiento y efectos no ha podido resistir»: art. 88 PLDC)¹⁹. La inimputabilidad del incumplimiento únicamente es

¹⁸ Puntualizaba el prof. Vidal que hay que distinguir bien los casos en los que el incumplimiento es consecuencia de una acción u omisión del acreedor, de aquéllos otros en los que la acción u omisión del acreedor actúa como concausa con la conducta del deudor. En este último caso, los efectos de la conducta del acreedor son diferentes, pues únicamente provocan la reducción de la indemnización por incumplimiento.

¹⁹ Los PLDC han optado por equiparar ambas figuras que si bien tienen en común la existencia de un obstáculo o impedimento imprevisible e inevitable, tienen un origen y una función diferente: la fuerza mayor surgió como un límite a la responsabilidad objetiva,

una causa de exoneración de responsabilidad (art. 85.4 PLDC), de tal forma que el acreedor dispone de todos los medios de tutela excepto la indemnización de daños (misma solución que la CISG, la PMCC, y CESL, que difiere de la prevista en los Principios UNIDROIT, PECL y DCFR, en los que también se ve afectada la pretensión de cumplimiento).

Los PLDC ofrecen, además, una noción de incumplimiento esencial (art. 86 PLDC), claramente inspirada en el artículo 25 de la CISG y en el desarrollo de la noción llevada a cabo en los Principios UNIDROIT, los PECL, el DCFR y el CESL. Esto significa que para determinar si se está en presencia de un incumplimiento esencial, además de atender al impacto que la falta de ejecución produce en el interés del acreedor según lo previsto en el contrato, se tendrán en cuenta otros criterios como el pacto de las partes o, la pérdida de confianza del acreedor como consecuencia de la conducta del deudor.

Como expuse en la ponencia que corrió a mi cargo, me parece que en materia de incumplimiento, los PLDC claramente suponen un paso hacia delante, pues han optado por un sistema moderno y muy satisfactorio, con una buena sistemática, regulando en los preceptos generales la noción de incumplimiento en todos sus aspectos (general, esencial e imperfecto). Ello no impide apreciar ciertos aspectos que merecen algunas reflexiones. Concretamente, me refiero al artículo 89 PLDC que regula la imposibilidad total o parcial de cumplimiento, que constituye un supuesto más de incumplimiento, pero se le atribuyen unos efectos especiales. Desde el punto de vista sistemático, me parece más oportuno que la regulación de dichos efectos se hubiese realizado en la sección dedicada a los medios de tutela del acreedor y, especialmente, entre los medios de tutela a los que afecta (pretensión de cumplimiento e indemnización). Centrándome en la imposibilidad total y definitiva, según disponen los PLDC: «extingue la obligación y libera al deudor. En tal caso, el acreedor podrá optar por resolver el contrato o reclamar la cesión de los derechos y acciones que, a raíz de la imposibilidad, el deudor tenía contra un tercero». Quizá podría revisarse su redacción para dejar claro que lo que realmente sucede es que se está en presencia de un incumplimiento en el que el acreedor no dispone de la pretensión de cumplimiento ni de la indemnización de daños, pero puede optar entre la resolución del contrato y la cesión de los derechos y acciones del deu-

mientras que el caso fortuito constituye una causa de exoneración de responsabilidad cuando ésta está basada en la culpa.

dor por razón de la imposibilidad. Además, podría explicitarse que el deudor que elige exigir el *commodum* pierde el derecho a exigir la contraprestación.

2. Como continuación de esta segunda jornada, la siguiente sesión estuvo dedicada a «Los medios de tutela frente al incumplimiento» (arts. 93 a 112 PLDC) y la ponencia de presentación corrió a cargo de Claudia Mejías Alonzo (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile)²⁰, la mesa la completaron Asunción Esteve Pardo (Universidad de Barcelona)²¹ y la autora que suscribe estas páginas.

Según indicó la profa. Mejías, los redactores de los principios se decantaron por el término «medios de tutela» por respecto a la tradición del derecho continental. Independientemente de ello, una primera lectura de la sección muestra que su contenido ha seguido claramente la estela del moderno derecho de contratos. En concreto, los PLDC comienzan esta sección con un precepto (art. 93 PLDC) que contempla una pluralidad de medios de tutela entre los que el acreedor puede optar en caso de incumplimiento: cumplimiento específico, reducción del precio, resolución del contrato, excepción de contrato no cumplido e indemnización de daños (cuyo ejercicio es compatible con el resto de remedios).

Aunque es cierto que tres de los medios de tutela contemplados en los PLDC son clásicos en los ordenamientos latinoamericanos (cumplimiento, resolución e indemnización), la regulación que contienen los PLDC presenta importantes diferencias con el derecho codificado en Latinoamérica, según explicó la profa. Mejías. La primera de ellas tiene que ver con la libertad de opción que los PLDC ofrecen al acreedor entre los diferentes medios de tutela, pues, en varios ordenamientos latinoamericanos, la pretensión de cumplimiento es el remedio primario; otra tiene que ver con el propio abandono del término «ejecución forzosa» a favor de este otro de «pretensión de cumplimiento». Además, siguiendo los textos modernos, los PLDC regulan, de forma independiente, el cumplimiento de obligaciones dinerarias y no dinerarias (frente a la distinción tradicional entre obligaciones de dar, hacer y no hacer).

De los límites a la pretensión de cumplimiento en los PLDC se ocupó la profa. Esteve. Según el artículo 95.2 PLDC, estos límites se concretan en tres: (1) la imposibilidad, en cuyo caso el acreedor puede exigir al deudor la cesión de las acciones y derechos que

²⁰ Agradezco a la profa. Mejías que me haya dado acceso al texto de su intervención, la información y las citas textuales están tomadas de dicho documento.

²¹ Mi agradecimiento a la Profa. Esteve por haberme permitido acceder al texto de su intervención. La información aquí recogida se ha extraído de dicho documento.

tuviere contra terceros (esta posibilidad no aparece contemplada ni en los Principios UNIDROIT ni en los PECL, pero sí aparece en la PMCC); (2) «que resulte extremadamente gravoso para el deudor, teniendo en cuenta que el acreedor puede satisfacer su interés con otro medio de tutela» (en este punto, la ponente propuso una nueva redacción que simplemente dijera que el acreedor pudiera satisfacer su interés «de otro modo», permitiendo que el acreedor encargue la ejecución de la prestación a un tercero a costa del deudor); y (3) cuando su ejecución signifique «una afectación a la dignidad de la persona» (fórmula que la profa. Esteve consideró más acertada que las que establecen como límite general «que la prestación sea personal del deudor»).

Además, los PLDC contemplan la sustitución y la reparación o corrección de la falta de conformidad como modalidades de la pretensión de cumplimiento (art. 96), cosa que no sucede en los derechos nacionales que solo contemplan ambas modalidades en el ámbito del derecho de consumo, según expuso la profa. Mejías en su ponencia general. La profa. Mejías se ocupó de analizar estos dos mecanismos previstos para el caso de que exista un cumplimiento imperfecto (defectuoso). Los PLDC exigen que el acreedor comunique en un plazo razonable la existencia de «disconformidad» (art. 94 PLDC), so pena de verse privado de los remedios del cumplimiento y de la resolución. Además, la sustitución solo es posible cuando se esté en presencia de un incumplimiento esencial (como en la CISG)²².

Por lo que respecta a la resolución (arts. 98 a 103 PLDC), la profa. Mejías incidió en las notas especiales que presenta su regulación y que la hacen distanciarse del derecho codificado y aproximarse al moderno derecho de contratos. Así, por ejemplo, los PLDC exigen expresamente que exista un incumplimiento esencial para que pueda declararse la resolución, mientras que en los derechos nacionales no hay una exigencia expresa (aunque tanto la doctrina como la jurisprudencia exigen que el incumplimiento sea «grave»). Además, a diferencia de lo previsto en el derecho codificado en Latinoamérica, se admite que la resolución tenga lugar mediante una comunicación del acreedor dirigida al deudor.

²² A mi juicio, sería conveniente aclarar que es el deudor el que puede optar entre las dos modalidades de cumplimiento. Y por lo que respecta a la sustitución, quizá el requisito de que se esté en presencia de un incumplimiento esencial podría ser objeto de revisión, pues puede tener sentido en contratos internacionales donde normalmente hay transporte (como sucede en las CISG) y el coste de esta medida puede ser muy gravosa para el deudor en comparación con la reparación. Sin embargo, no necesariamente siempre es así, incluso puede ser más conveniente para el acreedor ofrecer la sustitución que la reparación (baste recordar que estas modalidades de cumplimiento tienen el límite de que resulten «excesivamente gravos(as) para el deudor».

Aunque la regulación de la resolución en términos generales es buena, expuse en mi ponencia que sería conveniente, que el grupo que ha elaborado los principios repensara la posibilidad de incluir una resolución por transcurso infructuoso del plazo adicional otorgado por el acreedor al deudor para que cumpla. Esta figura, que tiene su origen en el derecho alemán, está presente en todos los textos del moderno derecho de contratos y se conjuga muy bien con la previsión de una resolución «extrajudicial». De hecho, si el acreedor duda del carácter esencial del incumplimiento, puede conceder un plazo adicional al deudor, transcurrido el cual de forma infructuosa, puede declarar la resolución sin miedo a que se considere precipitada.

Continuando con el elenco de medios de tutela, los PLDC, siguiendo la estela del moderno derecho de contratos, han generalizado el remedio de la reducción del precio (art. 97 PLDC), que en los ordenamientos nacionales se contempla como un remedio particular de la compraventa. Sobre este remedio también se pronunció la profa. Esteve, quien planteó la posibilidad de que el recurso a este remedio sea subsidiario, cuando el deudor no ha subsanado su falta de cumplimiento (de forma similar a lo que establece la CISG).

Por último, el artículo 104 PLDC contempla la «excepción de contrato no cumplido» y el artículo 105 PLDC la «suspensión anticipada del cumplimiento», de ambos medios de tutela se ocupó la profesora Esteve quien propuso que en el caso de suspensión anticipada, se mencionara expresamente la necesidad de que se comunique al deudor (como lo exige la CISG y los PECL)²³.

En definitiva, de las tres ponencias de esta sesión se puede extraer la conclusión de que la regulación sobre los medios de tutela en caso de incumplimiento merece una valoración positiva, sin perjuicio de que, en una posible revisión de su contenido, se hagan ciertas aclaraciones o incorporaciones que sin duda contribuirían a su mejora.

3. El análisis del contenido de los PLDC concluyó con una última sesión dedicada a «la indemnización de daños y perjuicios» en la que participaron (por orden de intervención): Álvaro Vidal Olivares, María Graciela Brantt, Pilar Benavente (Universidad Autónoma de Madrid) y Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid).

²³ Aunque nada se dijo, me parece oportuno plantearse la denominación «excepción de contrato no cumplido» que si bien responde a la tradición codificada, hace pensar que se trata de un medio de tutela exclusivamente procesal, y sustituirla por la de «suspensión del propio cumplimiento», que le da un carácter sustantivo y es acorde con la «suspensión anticipada» que también contemplan los PLDC.

Fue el prof. Vidal el encargado de realizar la ponencia de presentación, en la que hizo un repaso de la normativa relativa a este medio de tutela, destacando los aspectos que consideró más relevantes de la misma. Así, hizo hincapié en que el remedio indemnizatorio previsto en los PLDC puede hacerse valer de forma autónoma o acompañado de cualquiera de los otros medios de tutela del acreedor (art. 93.2 PLDC). Afirmó que la previsión expresa de esta posibilidad es muy positiva porque disipa cualquier duda acerca del carácter autónomo del remedio indemnizatorio.

En cuanto a los daños indemnizables, el artículo 107 PLDC declara que quedan comprendidos tanto los daños patrimoniales como los no patrimoniales. Según indicó el prof. Vidal, aunque en versiones iniciales de los PLDC se enumeraban los daños indemnizables, finalmente se decidió dejar el desarrollo del precepto para los comentarios. También se detuvo en la exposición del artículo 109 PLDC, según el cual: «el deudor responderá de los daños previsibles al tiempo de celebración del contrato y que provengan del incumplimiento» y, en caso de dolo, siguiendo la tradición continental, establecen que «responderá de todos los daños que sean consecuencia del incumplimiento». A ello, los PLDC añaden dos reglas que inciden en la extensión de la indemnización: la contribución del acreedor a su daño (que sigue el modelo de los Principios UNIDROIT y los PECL) y la mitigación de las pérdidas.

A continuación, la profa. Mejías se ocupó del caso fortuito como causa de exoneración de responsabilidad en los PLDC. La primera parte de su intervención se centró en analizar la noción de caso fortuito en los PLDC («hecho ajeno al control del deudor que, sin ser un riesgo a su cargo, le impide cumplir la obligación, temporal o definitivamente, y cuyo acaecimiento y efectos no ha podido resistir»), que claramente se aproxima al moderno derecho de contratos. Así, la exigencia de que se trate de un hecho ajeno al control del deudor, o que no sea un riesgo asumido por el deudor, lo aproximan más al derecho moderno, pues el deudor asume dos ámbitos de riesgos: los propios, integrados por su esfera de control y los que siendo ajenos a ella, ha asumido en el contrato. Además, se exige que el hecho sea irresistible en cuanto a su acaecimiento y efectos. En este aspecto, la ponente sostuvo que han quedado sin especificar dos cuestiones importantes: en qué consiste el comportamiento exigible al deudor y qué estándar se va a manejar para determinar el comportamiento exigible (que propone que sea el de

una persona razonable, como establece el moderno derecho de contratos).

La segunda parte de la intervención de la profa. Mejías la destinó a estudiar los efectos del caso fortuito, en los que destacó positivamente que los PLDC hayan tenido en cuenta que puede impedir el cumplimiento tanto de forma temporal como definitiva (art. 89 PLDC) y que niegan en estos casos el recurso al remedio indemnizatorio (art. 106 PLDCC).

Seguidamente, la profa. Benavente analizó los preceptos relativos al alcance de la indemnización en función de la conducta del acreedor (arts. 110 y 112 PLDC). En primer lugar, se ocupó de la normativa relativa a los supuestos de colaboración del acreedor en su daño. A continuación, centró su estudio en la mitigación del daño que contempla el artículo 111 PLDC, centrándose en aspectos como el fundamento del deber de mitigar el daño (principio de buena fe); las medidas que el acreedor debe adoptar para mitigar su daño (medidas razonables de acuerdo con la buena fe) y los efectos de la mitigación del daño (reducción de la indemnización en la medida en que ha reducido el daño y abono de los gastos realizados para mitigar el daño). Todo ello lo hizo a través de una comparación con lo previsto para este supuesto en la CISG, los PECL, el DCFR, la PMCC y el Código civil y comercial argentino, y lo ilustró con numerosos ejemplos extraídos de la jurisprudencia española.

Para poner fin a esta sesión, tomó la palabra el prof. Morales, quien primeramente realizó una valoración de toda la normativa de los PLDC sobre indemnización de daños. Así, entre otras cuestiones, propuso que se revisara la estructura del artículo 106 PLDC para que quede claro que los presupuestos de la pretensión indemnizatoria son el incumplimiento y los daños; y que el caso fortuito no es más que una causa de exoneración. También revisó la noción de caso fortuito (art. 88 PLDC) y la previsión de que la indemnización cubra el daño extrapatrimonial (sin que los PLDC hayan ofrecido un criterio para determinar cuándo). Respecto de la determinación del daño indemnizable, consideró el ponente la revisión de la redacción actual del artículo 109 PLDC, de tal forma que no haya dudas de que se indemnizan los daños «que siendo previsibles al tiempo de la celebración del contrato se hallen comprendidos dentro del fin de protección del contrato».

A continuación, el prof. Morales se centró en la figura de la cláusula penal. Tras exponer las diferentes funciones que puede cumplir la cláusula penal (facilitar la prueba de los daños, evaluar anticipadamente los daños, sancionar al deudor por el incumpli-

miento, permitir a una de las partes desvincularse) llegó a la conclusión de que la función típica que cumple en los PLDC es la de evaluar anticipadamente el daño (art. 114 PLDC), aunque también admite la función punitiva (art. 115 PLDC, que contempla una pena por retraso), si así lo pactan las partes. El profesor Morales manifestó su preocupación por la «peligrosa atribución de facultades al juez» que realiza el artículo 116 PLDC cuando declara que «a petición de parte o de oficio, el juez podrá alterar el monto de la pena, cuando éste resulte manifiestamente excesivo o irrisorio». Según denunciaba el ponente, este precepto es peligroso, porque abarca cualquier tipo de cláusula sin tomar en cuenta su función; admite que se haga de oficio y le permite al juez incrementar la cuantía de la pena si resulta irrisoria, sin establecer que debe tomar en cuenta la naturaleza de la misma.

V. CONSIDERACIÓN FINAL

Las jornadas celebradas no solo han servido para analizar el contenido de los PLDC sino que han supuesto una buena ocasión para reflexionar sobre las grandes cuestiones que están pendientes hoy en el derecho de contratos. En estas jornadas ha quedado clara la tensión que ha existido en la elaboración de los PLDC entre la influencia del derecho decimonónico, fundamentalmente europeo, y la influencia de textos del denominado moderno derecho de contratos. Así, mientras que en la noción de contrato y sus elementos esenciales se detecta un claro predominio del derecho codificado, queda claro que, en materia de formación del contrato y vicios del consentimiento, se vislumbra una notable aproximación al derecho moderno. En cuanto a la concepción del incumplimiento y los mecanismos de tutela del acreedor, en la tensión comentada, las soluciones que recogen los PLDC son muy próximas a las de los textos más modernos. Esta diferencia de aproximaciones, en algunos casos, da lugar a que su contenido todavía no sea todo lo coherente que puede llegar a ser.

Con todo, como afirmó la profa. Nieves Fenoy en su ponencia resumen, hay que felicitar a los autores de los Principios latinoamericanos de contratos por la iniciativa y por los resultados alcanzados hasta el momento. Se ha de abrir ahora la etapa de reflexión y de revisión detenida de su contenido y redacción antes de avanzar en la elaboración de los Comentarios.

ANEXO

Este anexo contiene el texto de los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos en su versión de octubre de 2015 que es el texto que se tomó como referencia en las jornadas celebradas los días 16 y 17 de junio en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS***CAPÍTULO 1. CAPÍTULO PRELIMINAR****SECCIÓN 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN****Artículo 1. Ámbito de aplicación**

(1) Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos civiles y comerciales, internos e internacionales.

(2) Estos principios se aplican con preferencia a cualquier otro cuerpo de principios en materia de contratos, a contratos conectados a los países de América del Sur, del Caribe y a las jurisdicciones del Continente Americano regidos por el sistema de derecho continental.

(3) Estos principios se aplicarán cuando las partes sometan su contrato, en todo o en parte, a estos principios, pudiendo referirse a ellos de manera genérica o específica a algunas de sus disposiciones;

(4) Estos principios se aplican también en cualquiera de los siguientes casos:

(a) Cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *Lex mercatoria* o expresiones semejantes.

(b) Cuando las partes no han elegido en forma expresa un Derecho estatal aplicable al contrato, ni resulta de las circunstancias del caso concreto, que el contrato está más estrechamente vinculado con otro ordenamiento jurídico estatal;

* El texto corresponde a aquel aprobado por el consorcio de profesores que han elaborado los Principios a octubre de 2015.

- (c) Para interpretar y complementar instrumentos internacionales de Derecho uniforme;
- (d) Para interpretar y complementar el Derecho estatal que rige el contrato;
- (e) Para interpretar, complementar e integrar contratos sometidos al Derecho o instrumentos internacionales de Derecho uniforme;
- (f) Como modelo para los legisladores estatales o internacionales.

Artículo 2. **Orden público y normas imperativas**

Estos Principios no restringen la aplicación de las normas imperativas y la actuación de los principios protegidos por el orden público, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas de Derecho internacional privado.

Artículo 3. **Usos y prácticas**

- (1) Las partes quedan obligadas por los usos que hayan aceptado y por las prácticas que hayan establecido entre ellas.
- (2) Igualmente, quedan obligadas por los usos ampliamente conocidos y generalmente observados en ámbito de su actividad, salvo que su aplicación no produzca resultados razonables, o que las partes los hayan excluido expresamente.

Artículo 4. **Aplicación, interpretación e integración de los Principios**

- (1) Las partes pueden modificar, derogar o excluir la aplicación de estos Principios o de algunas de sus disposiciones, salvo que se indique lo contrario.
- (2) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.
- (3) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes.

SECCIÓN 2. PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 5. **Libertad de contratación**

Las partes son libres para celebrar contratos y para determinar su contenido, no siendo contrario a derecho o al orden público.

Artículo 6. **Fuerza obligatoria del contrato**

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes.

Artículo 7. **Buena fe**

(1) Las partes deben comportarse conforme a las exigencias de la buena fe.

(2) Las limitaciones convencionales contrarias a la buena fe no producen efecto alguno.

CAPÍTULO 2. FORMACIÓN DEL CONTRATO

SECCIÓN 1. DEFINICIÓN Y ELEMENTOS DEL CONTRATO.

Artículo 8. **Definición del contrato**

El contrato es un acuerdo por el cual dos o más partes crean, transfieren, modifican o extinguen un vínculo jurídico de contenido económico.

Artículo 9. **Elementos del contrato**

Son elementos esenciales para la formación del contrato el consentimiento, el objeto y la causa.

SECCIÓN 2. DE LA NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO

Artículo 10. **Libertad y retiro en las negociaciones**

(1) Las partes deben negociar conforme a la buena fe los términos del contrato.

(2) Las partes son libres de negociar los términos del contrato y de retirarse de dichas negociaciones en cualquier momento.

Artículo 11. Del retiro contrario a la buena fe

(1) El daño causado por el retiro de las negociaciones contrario a las exigencias de la buena fe debe ser indemnizado.

(2) En ningún caso se indemnizará la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado.

(3) Está especialmente obligado a esta reparación el que inicia una negociación o se mantiene en ella sin ánimo o posibilidad de contratar.

Artículo 12. Deber de confidencialidad

(1) La información confidencial que se haya obtenido en virtud de las negociaciones del contrato no podrá usarse o ser revelada por quien la recibe.

(2) El incumplimiento de este deber obliga a indemnizar los daños y a restituir los beneficios obtenidos.

SECCIÓN 3. LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Artículo 13. Perfeccionamiento del contrato

El contrato se entiende perfeccionado en el momento en que la aceptación produce sus efectos, salvo acuerdo de las partes o ley en contrario.

Artículo 14. El consentimiento de las partes

El consentimiento de las partes se manifiesta por declaraciones o conductas.

Artículo 15. Definición de oferta

(1) La propuesta de celebrar un contrato constituye oferta si revela la intención del proponente de quedar obligado en caso de aceptación y resulta suficientemente precisa.

(2) La oferta puede ser dirigida a una o más personas determinadas, o al público en general.

Artículo 16. **Efecto y retiro de la oferta**

(1) La oferta produce efectos desde que llega a su destinatario.

(2) La oferta puede retirarse hasta antes de que llegue al destinatario.

Artículo 17. **Revocación de la oferta**

(1) La oferta puede revocarse hasta que el destinatario haya enviado su aceptación.

(2) En los casos en que la aceptación consista en una conducta diversa de la declaración, puede revocarse hasta el perfeccionamiento del contrato.

Artículo 18. **Oferta irrevocable**

(1) La oferta es irrevocable si el oferente le ha atribuido ese carácter, o ha fijado un plazo para la aceptación y el oferente no se reserva expresamente la facultad de revocarla.

(2) Tampoco puede revocarse la oferta si el destinatario ha podido confiar, conforme a la buena fe, en que la oferta era irrevocable.

Artículo 19. **Caducidad de la oferta**

La oferta caduca, aun si es irrevocable, en los siguientes casos:

(1) Si fue rechazada por el destinatario, en el momento en que el rechazo llega al oferente.

(2) Si la respuesta del destinatario contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones que alteran sustancialmente los términos de la oferta.

(3) Si el oferente fallece o se incapacita antes de la recepción de la aceptación.

(4) Si no es aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, en ausencia de plazo, dentro de aquel esperable conforme a la buena fe.

Artículo 20. **La aceptación**

(1) Constituye aceptación toda declaración u otra conducta del destinatario que indique conformidad con la oferta.

(2) Las modificaciones a la oferta hechas por el destinatario comportan la propuesta de un nuevo contrato.

Artículo 21. **El silencio como aceptación**

El silencio o la inacción por sí solos no constituyen aceptación, excepto en los casos en que la ley, la voluntad de las partes, los usos y prácticas, o los comportamientos precedentes de las partes, le otorguen tal carácter.

Artículo 22. **Efectos de la aceptación**

(1) El contrato se perfecciona en el momento en que la aceptación llega al oferente.

(2) Si la aceptación consiste en una conducta, el perfeccionamiento tendrá lugar desde el momento en que el oferente la conoce.

(3) Si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos desde que dicho acto se ejecuta.

Artículo 23. **La oportunidad de la aceptación**

(1) La aceptación, cualquiera sea su forma, produce efectos si llega al oferente dentro del término fijado; a falta de plazo, dentro de aquel que resulte conforme a la buena fe, atendidas las circunstancias de la negociación y los medios de comunicación empleados por el oferente.

(2) La aceptación de las ofertas verbales deberá ser inmediata, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

Artículo 24. **La aceptación tardía**

(1) La aceptación tardía produce efectos cuando el oferente, sin demora, hace llegar su conformidad al destinatario.

(2) Asimismo, produce efectos si de la comunicación escrita que contiene la aceptación tardía se desprende que debería haber llegado al oferente dentro del plazo.

Artículo 25. **La conformidad con los términos de la oferta**

(1) La respuesta a una oferta que contenga adiciones, limitaciones o modificaciones constituye una contraoferta.

(2) Sin embargo, si no alteran sustancialmente los términos de la oferta, la respuesta constituirá una aceptación y el contrato se entenderá perfeccionado con dichas adiciones, limitaciones o modificaciones.

(3) Aunque las limitaciones o modificaciones no alteran sustancialmente los términos de la oferta, la respuesta se entenderá como un rechazo en los siguientes casos:

(a) Si la oferta expresamente exige la conformidad total o parcial con los términos propuestos.

(b) Si el oferente, sin demora, informa al destinatario su disconformidad con los cambios.

Artículo 26. **El retiro de la aceptación**

La aceptación puede ser retirada hasta el momento en que produce efectos.

SECCIÓN 4. DE LOS VICIOS DEL CONTRATO

Artículo 27. **Ámbito de aplicación**

Esta sección de los Principios se ocupa de los vicios del contrato por error, dolo, intimidación y excesiva desproporción.

Artículo 28. **El error**

El error consiste en la ignorancia o falso concepto de los hechos o del derecho, de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos.

Artículo 29. Causales de error

(1) El error vicia el contrato:

(a) Cuando es provocado por información suministrada por la otra parte.

(b) Cuando la otra parte lo conoció o debió conocerlo y no lo informó, contrariando la buena fe.

(c) Cuando ambas partes han padecido el mismo error.

(2) En estos casos hay nulidad si el error es excusable o el riesgo de su existencia no fue o debió ser asumido por quien lo padece.

Artículo 30. Impedimento para alegar el error

La parte que incurre en error no puede demandar la nulidad del contrato si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquélla entendió celebrarlo.

Artículo 31. Error en la declaración o en la transmisión

Las disposiciones de los artículos anteriores son aplicables al error en la declaración de voluntad y en su transmisión.

Artículo 32. El dolo

(1) El dolo es la inducción fraudulenta a la celebración del contrato, por acción u omisión de una de las partes o un tercero.

(2) El dolo vicia el contrato cuando aparece claramente que sin él las partes no habrían contratado y no ha habido dolo recíproco.

Artículo 33. Efectos indemnizatorios del dolo

(1) El autor del dolo debe indemnizar los perjuicios causados.

(2) La parte que al tiempo de la celebración del contrato tuvo conocimiento del dolo de un tercero responde solidariamente.

Artículo 34. Intimidación

El contrato puede anularse si una parte fue inducida a celebrarlo mediante la amenaza ilícita de un mal inminente y grave.

Artículo 35. Calificación de la intimidación

Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al género, a la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.

Artículo 36. Casos que no constituyen intimidación

La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el contrato.

Artículo 37. Excesiva desproporción

(1) Una parte puede demandar la adaptación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas, o su nulidad si otorgan a la otra una ventaja excesiva contraria a las exigencias de la buena fe.

(2) Para calificar esa ventaja se deben tomar en cuenta todas las circunstancias, especialmente la dependencia de la parte que sufre el perjuicio, las extraordinarias dificultades económicas que la aquejan, la apremiante urgencia de sus necesidades, su ignorancia o falta de experiencia.

Igualmente, deberá considerarse la relación de confianza existente entre las partes y la naturaleza y finalidad del contrato.

(3) A solicitud de la parte agraviada, el juez puede adaptar el contrato a fin de ajustarlo al acuerdo que habrían alcanzado las partes conforme a la buena fe.

(4) La parte contra quien se demanda la nulidad puede, igualmente, solicitar su adaptación en los términos del inciso precedente, siempre y cuando haga saber inmediatamente esta decisión a la otra parte.

SECCIÓN 5. OBJETO, CAUSA Y SOLEMNIDADES DEL CONTRATO**Artículo 38. Objeto del contrato**

(1) El objeto del contrato debe ser determinado o determinable, posible y lícito.

(2) Es ilícito el prohibido por la ley, contrario a las buenas costumbres o al orden público.

Artículo 39. Causa del contrato y de la obligación

- (1) Toda obligación requiere una causa. Aunque no se exprese, se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario.
- (2) La causa del contrato debe ser lícita.

Artículo 40. Forma y solemnidad

- (1) Un contrato será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que lo rige o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.
- (2) Si las personas se encuentran en Estados distintos al momento de la celebración del contrato, el lugar de celebración se entenderá como aquel en el cual el contrato se perfecciona, de conformidad con estos Principios.

CAPÍTULO 3. NULIDAD DEL CONTRATO

Artículo 41. Nulidad absoluta y relativa

Los contratos que contravienen la ley, el orden público o las buenas costumbres adolecen de nulidad absoluta. Son de nulidad relativa los contratos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas.

Artículo 42. Forma de alegar la nulidad

La nulidad puede alegarse por vía de acción o excepción.

SECCIÓN 1. NULIDAD ABSOLUTA

Artículo 43. Legitimación

La nulidad absoluta debe ser pronunciada por el juez, aun sin mediar petición de parte. Puede también ser alegada por cualquier interesado, aunque no haya sido parte en el contrato.

Artículo 44. Imposibilidad de restitución

No habrá lugar a restituciones a favor de quien sabía o debía saber el vicio de nulidad absoluta.

Artículo 45. Imposibilidad de convalidación de la nulidad absoluta

El contrato nulo de nulidad absoluta no puede ser convalidado.

SECCIÓN 2. DE LA NULIDAD RELATIVA**Artículo 46. Legitimación**

La nulidad relativa sólo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio se establece. Puede ser saneada por convalidación del contrato y por la prescripción de la acción.

Artículo 47. Nulidad total o parcial

(1) Si se pronuncia la nulidad de una o varias cláusulas de un contrato, éste subsistirá con las restantes, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez debe pronunciar la nulidad íntegra del contrato.

(2) En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el tribunal podrá adaptar el contrato observando las exigencias de la buena fe.

Artículo 48. Convalidación

(1) Hay convalidación cuando el contratante que puede demandar la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al contrato por válido.

El acto de convalidación no requiere la conformidad de la otra parte.

(2) El contrato convalidado se entiende válido desde su celebración y, en ningún caso perjudica a terceros de buena fe.

Artículo 49. Opción con los medios de tutela

La parte que tenga derecho a demandar la nulidad del contrato y, al mismo tiempo, pueda ejercer alguno de los medios de tutela por incumplimiento, podrá optar entre aquella y éstos.

SECCIÓN 3. DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD

Artículo 50. Efectos de la nulidad

- (1) La nulidad producirá la extinción del contrato.
- (2) Anulado el contrato, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido en virtud del mismo. Si la devolución en especie no es posible deberá restituirse su valor.

Artículo 51. Suspensión de las restituciones

Mientras uno de los contratantes no cumpla con la restitución a la que está obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba.

Artículo 52. Efecto respecto de terceros

La nulidad es oponible a los terceros, salvo cuando hayan adquirido a título oneroso y se encuentren de buena fe.

CAPÍTULO 4. DE LA SIMULACIÓN

Artículo 53. La simulación entre las partes

La declaración privada de los contratantes disconforme con lo convenido en forma ostensible podrá hacerse valer por cualquiera de ellas.

Artículo 54. Los terceros y la simulación

- (1) Los terceros de buena fe podrán hacer valer la declaración privada o lo convenido en forma ostensible según su conveniencia.

(2) Los terceros podrán pedir la declaración de simulación en la medida en que la declaración simulada afecte sus intereses.

(3) En caso de conflicto entre terceros serán preferidos aquellos de buena fe que hagan valer el acto ostensible.

CAPÍTULO 5. EFECTOS DEL CONTRATO FRENTE A TERCEROS

SECCIÓN 1. REPRESENTACIÓN

Artículo 55. *Ámbito de aplicación*

Esta sección no regula la facultad del representante que ha sido conferida por la ley ni la facultad del representante designado por autoridad pública o judicial.

Artículo 56. *Concepto*

Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo.

Quien obra como dependiente en un establecimiento abierto al público, o en otras circunstancias semejantes, se entiende que tiene poder de representación para los actos que ordinariamente allí se realizan.

Artículo 57. *Actuación por cuenta ajena a nombre propio*

El acto celebrado por quien actúa sin poder o excediendo el poder que le fue conferido, vincula al representado con el tercero, si este pudo creer, de buena fe, y por el comportamiento del representado, que existía la representación.

Artículo 58. *Representación indirecta (denominación provisional)*

Cuando quiera que el representante actúe a nombre propio, los efectos de los contratos que celebre con terceros recaerán directamente sobre él.

Artículo 59. Límite de la actuación

El poder determina el alcance de las facultades del representante, sin perjuicio de aquellas que se deduzcan de la naturaleza misma de la labor encomendada.

El poder otorgado en términos generales faculta al representante para efectuar los actos de administración ordinaria de los negocios que se han encargado.

Todos los demás actos requerirán poder especial.

Artículo 60. Actuación sin poder (pendiente de redacción final)

Es inoponible al representado el acto celebrado por quien actúa sin poder o excediendo el conferido y si hubo perjuicios, debe indemnizarlos.

El tercero puede obligar a quien actuó sin poder o excediéndolo a indemnizarle los perjuicios.

Si el representado ratifica lo obrado se entiende obligado desde la fecha del acto, sin perjuicio de los derecho de terceros de buena fe.

Artículo 61. Sustitución (pendiente de redacción final)

Salvo prohibición expresa del representado, el representante podrá sustituirse por otro, en cuyo caso responderá por el sustituto.

El representante no responderá por el sustituto si éste ha sido elegido por el representado.

Artículo 62. Pluralidad de representantes (pendiente de redacción final)

Si son varios los representantes se entiende que actúan indistintamente, salvo que se disponga otra cosa.

Artículo 63. Conflicto de intereses

El representante no puede contratar consigo mismo, ni con aquellos con los que se pudiera presentar un conflicto de intereses con el representado, a menos que lo autorice.

Tampoco puede contratar por cuenta de dos partes a las que representa.

El contrato celebrado en contravención a la presente disposición podrá ser anulado.

Artículo 64. Extinción y modificación de la representación

La modificación o extinción del poder, cualquiera sea su causa, no es oponible a terceros sino en cuanto éstos la conozcan o debieran haberla conocido.

No obstante la extinción de su poder, el representante deberá realizar aquellos actos necesarios para evitar un daño a los intereses del representado, para lo cual continuará facultado.

SECCIÓN 2. ESTIPULACIÓN A FAVOR DE OTRO**Artículo 66. Ámbito de aplicación**

(1) Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona y tanto el estipulante como el beneficiario pueden demandar lo estipulado.

(2) Si el tercero rechaza el beneficio, se considera que nunca adquirió el derecho.

Artículo 67. Derecho de revocación

(1) El estipulante puede revocar la estipulación o sustituir al tercero mientras éste no haya aceptado. La aceptación del beneficiario hace irrevocable la prestación.

(2) En caso de revocación o de falta de aceptación, la prestación quedará a favor del estipulante a no ser que del contrato resulte otra cosa.

Artículo 68. Excepciones

El promitente puede oponer al tercero todas las excepciones que se funden en el contrato celebrado con el estipulante.

SECCIÓN 3. PROMESA DEL HECHO AJENO**Artículo 69. Promesa del hecho ajeno**

El que ha prometido la obligación o el hecho de un tercero, está obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero rehúsa obligarse o no cumple el hecho prometido.

CAPÍTULO 6. INTERPRETACIÓN

Artículo 70. Intención común de las partes

Conocida claramente la intención de las partes se estará más a ella que a lo literal de las palabras.

Artículo 71. Criterios para la determinación de la intención común de las partes

Para determinar la común intención de las partes se tendrán en cuenta, entre otros criterios:

- (a) Las reglas de interpretación acordadas por las partes.
- (b) La conducta de las partes durante la etapa de formación del contrato.
- (c) La ejecución del contrato por las partes o de una de ellas con aprobación de la otra.
- (d) Los comportamientos anteriores, concomitantes o posteriores de las mismas partes en otros contratos sobre la misma materia.
- (e) La naturaleza y el objeto del contrato.
- (f) Los usos del lugar de la celebración del contrato.

Artículo 72. Significado de las palabras

Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

Artículo 73. Interpretación sistemática

Las cláusulas del contrato se interpretarán las unas por las otras, de forma de darles el sentido que más convenga al contrato en su totalidad.

Artículo 74. Conservación del contrato

El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

Artículo 75. Cláusulas ambiguas

(1) Las cláusulas ambiguas se interpretan a favor de la parte que contrató bajo la influencia dominante de la otra, teniendo en consideración para esta calificación la dependencia de la parte que sufre el perjuicio, las extraordinarias dificultades económicas que la aquejan, la apremiante urgencia de sus necesidades, su ignorancia, falta de experiencia o de habilidad en la negociación.

(2) En los demás casos, las cláusulas se interpretarán en el sentido que favorezca el equilibrio contractual.

Artículo 76. Cláusulas no bilateralmente negociadas

Las cláusulas no bilateralmente negociadas deberán interpretarse contra la parte que las hubiera propuesto.

Artículo 77. Interpretación conforme a la buena fe

En todo caso el contrato deberá ser interpretado de acuerdo con la buena fe.

CAPÍTULO 7. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES**Artículo 78. Concepto de Cumplimiento**

Cumplimiento es la ejecución de la prestación en los términos en que fue acordada.

Artículo 79. Lugar del cumplimiento

(1) La obligación debe cumplirse en el lugar determinado en el contrato o que sea determinable conforme a éste.

(2) El lugar de cumplimiento puede ser establecido por acuerdo de las partes, de manera expresa o tácita.

(3) Si la regla precedente no resulta aplicable, lugar de cumplimiento es:

(a) El domicilio del acreedor, para las obligaciones dinerarias.

(b) El lugar en que se encontraba la cosa al tiempo de constituirse la obligación, para las obligaciones cuyo objeto es una especie o cuerpo cierto.

(c) El domicilio del deudor, para los demás casos.

Si el deudor se muda, el acreedor tiene derecho a exigir el pago en el domicilio actual o en el anterior. Igual opción corresponde al deudor, cuando el lugar de pago sea el domicilio del acreedor.

Artículo 80. Momento del cumplimiento

(1) La obligación debe cumplirse en el momento determinado en el contrato o que resulte de éste, de su naturaleza, los usos o la buena fe.

(2) Si no fuere posible establecer el momento de cumplimiento de acuerdo con esas pautas, se estará a las siguientes reglas:

(a) Si puede ejecutarse inmediatamente, su cumplimiento tendrá lugar en el más breve plazo posible desde que se contrajo.

(b) Si por su naturaleza supone necesariamente un lapso para su ejecución, su cumplimiento tendrá lugar en el más breve plazo posible desde que se contrajo.

Artículo 81. Cumplimiento anticipado

(1) El deudor puede anticipar el cumplimiento, a menos que perjudique gravemente los intereses de la otra parte. El cumplimiento anticipado de una obligación no afecta la ejecución de la obligación recíproca.

(2) El acreedor puede renunciar al plazo establecido en su favor.

Artículo 82. Exigibilidad anticipada de la obligación

El cumplimiento de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, excepto:

(a) Al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia;

(b) Al deudor que no ha constituido las garantías prometidas o que disminuye por hecho imputable las seguridades otorgadas.

(c) Cuando el plazo esté establecido sólo en favor del acreedor.

Artículo 83. Cumplimiento por un tercero

La prestación también puede ser ejecutada por un tercero, excepto que se hayan tenido en cuenta las condiciones especiales del deudor, o hubiere oposición conjunta del acreedor y del deudor. Tercer interesado es la persona a quien el incumplimiento del deudor puede causar un menoscabo patrimonial y puede pagar contra la oposición individual o conjunta del acreedor y del deudor.

Artículo 84. Gastos

(1) Salvo acuerdo en contrario, cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de su obligación.

(2) Si el acreedor ha incurrido en mora corresponde a éste soportar los gastos que deriven de ella.

CAPÍTULO 8. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES**SECCIÓN 1. DEL INCUMPLIMIENTO EN GENERAL****Artículo 85. Concepto de incumplimiento**

(1) Incumplimiento es la falta de ejecución de la prestación en la forma pactada.

(2) El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor.

(3) El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para ejecutar su prestación.

(4) Si el incumplimiento no es imputable al deudor no habrá lugar a indemnización.

Artículo 86. Carácter esencial del incumplimiento

Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando:

(a) Las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas o de supuestos específicos de incumplimiento.

(b) El incumplimiento es doloso.

(c) La conducta del deudor incumplidor, hace perder razonablemente al acreedor la confianza en el cumplimiento posterior del contrato.

(d) Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes, al momento de celebrarse el contrato.

Artículo 87. **Acción u omisión del acreedor**

El acreedor no puede invocar el incumplimiento causado por su propia acción u omisión.

Artículo 88. **Fuerza mayor o caso fortuito**

Fuerza mayor o caso fortuito es un hecho ajeno al control del deudor que, sin ser un riesgo a su cargo, le impide cumplir la obligación, temporal o definitivamente, y cuyo acaecimiento y efectos no ha podido resistir.

Artículo 89. **Imposibilidad total o parcial de cumplimiento**

(1) La imposibilidad sobreviniente total y definitiva para cumplir una obligación contractual, causada por caso fortuito, extingue la obligación y libera al deudor. En tal caso, el acreedor podrá optar por resolver el contrato o reclamar la cesión de los derechos y acciones que, a raíz de la imposibilidad, el deudor tenía contra un tercero.

(2) Si la imposibilidad es parcial o temporal, el acreedor puede, respectivamente, suspender la contraprestación o reducirla en una proporción equivalente, salvo si, como consecuencia de la imposibilidad, se ve privado de aquello que podía sustancialmente esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes, al momento de celebrarse el contrato. En este último supuesto, regirá la opción prevista en el punto (1).

SECCIÓN 2. IMPREVISIÓN

Artículo 90. **Concepto de imprevisión**

Si la ejecución del contrato se torna excesivamente onerosa, a causa de un cambio de circunstancias posterior a su perfección,

cuyo acaecimiento no fue previsto o no era razonable preverlo, la parte afectada tiene derecho a requerir la renegociación del contrato.

Artículo 91. **Efectos de la imprevisión**

Transcurrido un plazo razonable, si las partes no alcanzan un acuerdo, cualquiera podrá demandar la adaptación del contrato a las circunstancias sobrevinientes o la resolución.

Artículo 92. **De la frustración del fin del contrato**

La frustración definitiva de la causa por un cambio de circunstancias existentes a la época de la perfección, imprevisto para las partes y que supera el riesgo asumido por aquella afectada, la autoriza a resolverlo.

SECCIÓN 3. MEDIOS DE TUTELA DEL ACREEDOR

Artículo 93. **De los medios de tutela**

(1) En caso de incumplimiento, el acreedor podrá ejercer, a su elección y según proceda, alguno de los siguientes medios de tutela:

- (a) Cumplimiento específico;
- (b) Reducción del precio;
- (c) Resolución del contrato;
- (d) Excepción de contrato no cumplido e
- (e) Indemnización de daños.

(2) La indemnización de los daños podrá ejercerse de manera autónoma, o en conjunto con los demás medios de tutela.

Artículo 94. **Comunicación en los cumplimientos imperfectos**

(1) En caso de cumplimiento imperfecto, el acreedor deberá comunicar la disconformidad en un plazo razonable contado desde el momento en que debió tener conocimiento.

(2) A falta de comunicación, el acreedor no podrá exigir el cumplimiento, ni resolver el contrato.

Artículo 95. Cumplimiento específico

(1) El cumplimiento específico procede siempre en las obligaciones dinerarias.

(2) Tratándose de obligaciones no dinerarias, el cumplimiento específico se sujeta a las limitaciones siguientes:

(a) No procede cuando el cumplimiento sea imposible. Sin embargo, el acreedor puede exigir al deudor la cesión de las acciones y derechos que tuviere contra terceros;

(b) Aun siendo posible el cumplimiento específico, éste no procede cuando resultare extremadamente gravoso para el deudor, teniendo en cuenta que el acreedor puede satisfacer su interés con otro medio de tutela;

(c) No procede tampoco cuando su ejecución signifique una afectación a la dignidad de la persona.

Artículo 96. Reparación y sustitución en los cumplimientos imperfectos

(1) Tratándose de cumplimientos imperfectos, el cumplimiento específico comprende, con las mismas limitaciones del artículo anterior, la reparación o la corrección de la falta de conformidad o la sustitución.

(2) La sustitución requiere siempre el incumplimiento esencial.

Artículo 97. Reducción del precio

(1) En caso de cumplimiento imperfecto, el acreedor puede aceptarlo y reducir el precio en proporción a la diferencia entre el valor que la prestación ejecutada tenía al tiempo en que se realizó y el que habría tenido en ese mismo momento, si hubiere existido cumplimiento.

(2) La reducción del precio es incompatible con la indemnización del menor valor de la prestación.

(3) En todo caso, el acreedor puede demandar la indemnización de cualquier otro daño.

Artículo 98. Resolución por incumplimiento

(1) Cualquiera de las partes de un contrato puede resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento esencial.

(2) El incumplimiento recíproco no obsta a la resolución del contrato.

(3) La resolución puede ser judicial o por comunicación.

Artículo 99. **Resolución por comunicación**

La resolución opera mediante comunicación escrita a la otra parte, la que producirá efectos desde su recepción.

Artículo 100. **De los efectos de la resolución**

La resolución extingue los efectos del contrato. Así y todo, no afecta las cláusulas que las partes hayan previsto para la solución de controversias, las relativas al incumplimiento mismo o cualquier otra cláusula destinada a surtir efecto aun después de la resolución del contrato.

Artículo 101. **Efectos restitutorios**

(1) Resuelto el contrato, deberán restituirse las prestaciones ya ejecutadas, junto con los frutos percibidos, de manera simultánea o dentro del término que fijen las partes o, en su defecto, el juez.

(2) Las prestaciones ejecutadas que hayan sido útiles y equivalentes, no darán lugar a restitución. La utilidad se apreciará conforme a la finalidad del contrato.

(3) Si las prestaciones ejecutadas no fueron útiles, se estará a lo dispuesto en el numeral 1.º

(4) La restitución queda limitada al valor de la diferencia, si las prestaciones no son equivalentes.

Artículo 102. **Imposibilidad de restitución**

(1) Para el caso que no sea posible la restitución, habrá derecho al valor de la prestación fijado al momento de la imposibilidad.

(2) Las partes podrán optar entre lo dispuesto en el numeral anterior o exigir a la otra la cesión de los derechos o acciones que tuviere en contra de terceros.

Artículo 103. **Cláusulas resolutorias**

(1) Las partes podrán incorporar al contrato cláusulas que confieran al acreedor la facultad de resolverlo.

(2) Estas cláusulas no privan al acreedor de la posibilidad de optar por cualquiera de los otros medios de tutela.

Artículo 104. Excepción de contrato no cumplido

Art. 101. Cada parte puede negarse a ejecutar su prestación si la otra no ejecuta la suya, a menos que por la naturaleza del contrato o por acuerdo de las partes el cumplimiento de una deba anteceder al de la otra.

Artículo 105. Suspensión anticipada del cumplimiento

Una parte puede negarse a ejecutar su prestación cuando, antes de la fecha de cumplimiento, sea evidente que el deudor no podrá cumplir la suya. La suspensión cesa si el deudor cumple o da garantías suficientes para el cumplimiento.

Artículo 106. Indemnización de daños

(1) En todos los casos en que el incumplimiento cause daños, y siempre que no haya fuerza mayor el acreedor podrá pedir su indemnización.

(2) Son causa de exoneración las circunstancias que constituyen caso fortuito, sean sus efectos permanentes o temporales.

Artículo 107. Daños indemnizables

La indemnización de daños comprende el daño patrimonial y extrapatrimonial.

Artículo 108. Intereses e indemnización de perjuicios

El incumplimiento de una obligación dineraria obliga al deudor al pago de los intereses, sin perjuicio de la indemnización de otros daños.

Artículo 109. De la previsibilidad del daño indemnizable

(1) El deudor responderá de los daños previsibles al tiempo de celebración del contrato y que provengan del incumplimiento.

(2) En caso de dolo o culpa grave, el deudor responderá de todos los daños que sean consecuencia del incumplimiento.

Artículo 110. **Contribución del acreedor a su daño**

La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor, con su acción u omisión, contribuyó al incumplimiento.

Artículo 111. **Mitigación de las pérdidas**

(1) La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor omitió adoptar las medidas que, de acuerdo con la buena fe, eran razonables para mitigar las pérdidas. La reducción corresponderá a la cuantía en que hubiere podido mitigarse el daño.

(2) El acreedor, en todo caso, tendrá derecho a la indemnización de lo que haya invertido en la mitigación de las pérdidas.

Artículo 112. **Resolución e indemnización de perjuicios**

Si el acreedor opta por la resolución y celebra en términos razonables con un tercero un contrato de reemplazo sobre el mismo objeto, tiene derecho a la indemnización de la diferencia de precio entre ambos contratos, sin perjuicio de la indemnización de otros daños según las reglas precedentes.

SECCIÓN 4. PACTOS RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO

Artículo 113. **Cláusula penal**

Las partes pueden incorporar al contrato una cláusula penal, la cual libera al acreedor de la prueba del daño.

Artículo 114. **Opción entre cláusula penal e indemnización**

El acreedor no podrá escoger entre demandar la pena o la indemnización de los daños, salvo pacto en contrario.

Artículo 115. **Cumplimiento específico y pena**

El acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que se

haya estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación.

Artículo 116. Modificación de la pena

A petición de parte o de oficio, el juez podrá alterar el monto de la pena, cuando éste resulte manifiestamente excesivo o irrisorio.

Artículo 117. Rebaja por cumplimiento parcial

Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación.

Artículo 118. Compatibilidad de la pena y los medios de tutela

La pena será compatible con los medios de tutela establecidos para el incumplimiento.

Artículo 119. De las arras

(1) Cualquiera de las partes pueden, al tiempo del contrato, entregar una cosa para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.

(2) Mediante este pacto se estiman anticipadamente los perjuicios que se puedan derivar del incumplimiento y se libera al acreedor de la carga de probar el daño.

(3) El acreedor tendrá derecho a conservar las arras en caso de incumplimiento. Si quien incumple es quien las recibió, deberá restituir las dobladas.

(4) En caso de cumplimiento, las arras se imputarán al precio si la naturaleza de la prestación lo permite y, en caso contrario, se restituirán.

(5) El acreedor no puede demandar al mismo tiempo las arras, la indemnización de los daños y la cláusula penal, sino cualquiera de las tres.

Artículo 120. Cláusulas que limitan o excluyen la responsabilidad

Pueden las partes incorporar al contrato cláusulas que limiten o excluyan su responsabilidad, con las siguientes excepciones:

- (a) Que se trate de un incumplimiento por dolo o culpa grave;
- (b) No puede exonerarse de responsabilidad por los daños derivados de la lesión a la persona del acreedor;
- (c) No puede excluirse o limitarse el derecho a reclamar la prestación, ni su valor y
- (d) No serán válidas las cláusulas que contraríen la buena fe, considerando para ello especialmente el precio y la naturaleza del objeto del contrato en que se incorporan.

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Universidad de Málaga

Libros *

**DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés/GARCÍA RUBIO, María Paz (Dirs.),
HERRERO OVIEDO, Margarita (Coord.): *Estudios de Derecho de
Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, ed. La Ley,
Madrid, 2014, 1450 pp.**

I

Los *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García* constituyen el homenaje académico en forma de libro que una amplísima representación de la comunidad universitaria –con la participación añadida de algunos profesionales del Derecho– ha querido rendir, desde el respeto y la admiración, el afecto y la amistad, a la profesora Dra. Teodora Felipa Torres García como muestra del reconocimiento y agradecimiento a los que se ha hecho acreedora por su dilatada y excelente trayectoria en todas las facetas de la profesión universitaria, esto es, la docencia, la investigación y la gestión, con una especial predilección por la primera entendida como la auténtica razón de ser de la Universidad.

Los setenta autores que se reúnen en esta magna obra proceden de centros universitarios situados por todo el territorio español y representan, además, distintas generaciones de juristas en justa correspondencia al talante personal de la homenajeada, que la hace igualmente cercana a las grandes figuras que la han precedido en el Derecho civil que a los más jóvenes que se inician o transitan por esta especialidad y por quienes siempre ha mostrado una singular preocupación y dedicación por su mejor formación y promoción. En la Universidad de nuestra época no es frecuente, ni mucho menos, que profesores consagrados como la profesora Torres, en el cénit de su carrera, destinen generosamente buena parte de su tiempo y de su conocimiento a la enseñanza de quienes se inician en la carrera universitaria –estudiantes y discípulos (y no discípulos)–, corrigiendo y completando de manera exhaustiva sus trabajos y tesis doctorales: entiendo que éste es uno de los mayores méritos que atesora la profesora Torres García y es justo reconocerlo *hic et nunc*. Por añadidura, su solidez científica y su generosa entrega han sido puestas también al servicio del progreso comunitario (extramuros universitarios), mediante su decisiva labor como impulsora y catalizadora de iniciativas encaminadas hacia la proyección del Derecho civil como instrumento de avance social: entre ellas, la que pretende su modernización y adaptación a las exigencias del siglo XXI por medio de «Actualiza» (Grupo para la Reforma y Actualización del Derecho privado en España) y, asimismo, con su

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

comprometido esfuerzo en el seno del movimiento, iniciado en Carmona, por la Feminización del Derecho Privado.

La «catedrático» Torres García, una de las tres primeras mujeres de España en alcanzar esta categoría en Derecho civil, es una conspicua jurista que ha reunido una obra muy consistente, a la par que prolija, en los diversos ámbitos del Derecho civil y de una manera más intensa en torno al Derecho de sucesiones desde, como mínimo, su tesis doctoral, publicada en 1977 con el mismo título de *El testamento ológrafo* y que hoy sigue siendo de cita obligada sobre el tema. Parecía lógico, pues, que a la hora de idear y concebir un más que merecido homenaje de sus discípulos, amigos y compañeros, el *Liber Amicorum* emergiera como un óptimo recurso para dedicarlo monográficamente a aquella parte del Derecho civil por la que doña Teodora ha profesado mayor afecto, como bien lo demuestra su obra escrita por la que es considerada como una de las máximas referencias doctrinales.

Y así, a pesar de la intrínseca heterogeneidad de una edición de estas características, la decisión de sus directores de que fuera el Derecho de sucesiones el nexo identificador de todo su variado contenido le confiere una plausible homogeneidad temática. El equilibrio también se muestra en relación a la diversidad de las materias trabajadas y cuando los autores coinciden eventualmente en el tema de estudio no lo hacen en su tratamiento o enfoque por lo que, en vez de repetitivos, resultan complementarios. Además, el que no se suelen soslayar los problemas más acuciantes de la institución o tema tratado confiere al conjunto un grado de armonía crítica difícil de encontrar en publicaciones corales de este tipo. Por último, también desde el punto de vista formal las sesenta y seis aportaciones que componen el *Liber Amicorum*, ordenadas alfabéticamente por el apellido de los autores, comparten una extensión muy similar al obedecer a las indicaciones de los promotores de la obra.

II

El Derecho de sucesiones continúa siendo uno de los sectores del Derecho civil que concita una mayor atención entre los estudiosos: no es ajeno a este interés, antes al contrario, el que algunas de sus instituciones se hallen sometidas a una casi permanente crítica por culpa de su respuesta no sólo insuficiente, sino también anacrónica, frente a las demandas de la sociedad actual. Precisamente, la impresión general que dimana no ya de la mayoría sino de prácticamente todos los trabajos que reúne el libro es que el Derecho de sucesiones del Código civil español necesita de una profunda revisión para adaptarse a la realidad del siglo XXI y porque las «erráticas» –en palabra de la homenajeadá–, parciales y sucesivas reformas que se han operado en el mismo en los últimos años –incrementadas en los meses posteriores a la aparición de los «Estudios», sobre todo por causa de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la *Jurisdicción Voluntaria*–, han convertido lo que en su día pudo ser un sistema en un conjunto de reglas bastante heterogéneas cuyo encaje no es siempre coherente. Estas normas son a veces objeto de una interpretación judicial forzada para adaptarlas a las exigencias del cambio social como, por ejemplo, ha sucedido en los últimos tiempos en materia de desheredación; en otras ocasiones se han convertido en obstáculo evidente para el alcance de los objetivos perseguidos por las personas implicadas, como sucede frecuentemente con las rígidas normas legitimarias sobre cuya necesidad de reforma

casi todo el mundo está de acuerdo, aunque sean diversas y distintas las opiniones sobre el exacto alcance de la misma.

En el libro homenaje, las preocupaciones y problemas que suscita el Derecho de sucesiones actual se proyectan, principalmente, sobre las diversas instituciones clásicas que lo integran (testamento, contrato sucesorio, sustituciones, legados, disposiciones modales, albaceazgo, comunidad hereditaria, partición, sucesión intestada, legítima, derechos viuales, herencia yacente, etc.), incluyendo sus relaciones con el sistema de seguridad jurídica preventiva formado por el «tándem» de la intervención notarial (Cobacho) y la inscripción en el Registro de la Propiedad (Luque, Requeixo); no faltan, sin embargo, colaboraciones enmarcadas en ámbitos menos clásicos, como los aspectos sucesorios de los protocolos familiares (Diéguez), la sucesión en el patrimonio virtual (Martos) –que ha de adquirir, de manera progresiva, mayor importancia–, o el ensayo de importación de la doctrina francesa sobre los objetos calificados como «recuerdos de familia» (Núñez).

Pero más allá del Derecho sucesorio *stricto sensu*, el común denominador de todas las aportaciones es el hecho de la muerte, ya sea como presupuesto de eficacia del acto o negocio, ya de los intereses regulados. Ello se pone de relieve, por ejemplo, con los instrumentos de protección del cónyuge o pareja superviviente: así, la mejora de la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada (Jiménez) se acomoda exclusivamente al ámbito sucesorio, contrariamente al estudio de Gete-Alonso sobre el año de viudedad, que se centra únicamente en los efectos patrimoniales *post mortem* del matrimonio o de la convivencia *more uxorio*, mientras que la colaboración de Gramunt y Rubio combina los dos ámbitos. Fuera también de los actos *mortis causa* se sitúa el llamado «testamento vital», cuya denominación no debe confundir acerca de su carácter *inter vivos* y de cuyo fundamento, naturaleza y contenido se ocupa Barral, en tanto que De Castro se centra en los principales sujetos intervinientes en el mismo.

En cuanto al ámbito territorial de vigencia, las contribuciones se relacionan mayoritariamente con el Código Civil español, aunque los derechos autonómicos, que han sido mucho más ágiles a la hora de adaptarse a las nuevas exigencias sociales y económicas de nuestra sociedad contemporánea, están presentes en un buen número de los trabajos: en ocho de ellos (seis de Derecho civil catalán –Alonso y Alonso, Barral, Farnós, Gete-Alonso, Gramunt y Rubio, Llácer–, uno de balear –Munar– y otro de valenciano –Hidalgo–) la institución o tema en estudio se enmarca específicamente en el Derecho autonómico y en otros cinco como mínimo (Álvarez Álvarez, Cañizares, García Rubio, Jiménez y Requeixo), los diversos Derechos autonómicos desempeñan un rol argumentativo referencial para armar la tesis del texto. También están presentes aportaciones directas (Álvarez González, Infante) o indirectas (Hidalgo, Requejo) sobre el Reglamento (UE) N.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la *competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo*, que entró en vigor en agosto de 2015 y que está destinado a jugar un papel determinante en el desarrollo de nuestro Derecho sucesorio: de hecho, ya ha tenido repercusión directa en la modificación –en realidad, dos de consecutivas– del art. 14.1 de la Ley Hipotecaria.

III

Excede con mucho los límites de la recensión de una obra colectiva como ésta el análisis o comentario de cada uno de los textos que la componen, y tanto el amable lector como el autor concernido sabrán disculpar la cita injustamente omitida de alguna colaboración, sólo por no corresponder a los criterios que arbitrariamente el recensionista ha escogido para agrupar o reseñar algunas de ellas. Así, el primer criterio, de carácter objetivo, se refiere a los temas generales del libro; el segundo, de carácter subjetivo, elige autores que comparten una circunstancia común.

La legítima y el testamento son los dos temas generales que, aunque no sean ni mucho menos los únicos, acaparan mayor atención de los autores y alrededor de los que orbitan la mayoría de los demás. En ambos la Dra. Torres García es una de las especialistas más respetadas de nuestra doctrina y entre sus postreras publicaciones cabe destacar: «La legítima en el Código civil», en el *Tratado de legítimas* (Atelier, 2012) que también coordinó, en coautoría con el codirector del *Liber Amicorum* Andrés Domínguez; conjuntamente con la otra codirectora, M.^a Paz García Rubio, *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, 2014); y, finalmente, «Legítima “versus” libertad de testar», en la obra plural *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa* (Aranzadi, 2015).

No cabe ninguna duda que la legítima es la institución de derecho sucesorio sobre la que últimamente más se ha escrito en clave revisionista tanto a propósito de su regulación en el Código civil como de la del derecho autonómico. No pocas son las voces críticas que, a modo de mantra, se hacen oír en prácticamente todas las contribuciones sobre el tema, ya sea poniendo el énfasis en favorecer una mayor libertad de testar, ya en socavar el principio de solidaridad intergeneracional como fundamento de la institución, máxime teniendo en cuenta que el actual es «un sistema familiar que se plantea desde puntos de vista económicos muy distintos de los tradicionales», como afirma la profesora y magistrada Roca Trías en su texto. En cambio, es esa misma solidaridad familiar, según defiende el profesor Miquel, la que justifica el mantenimiento de la legítima debidamente flexibilizada o reformada, aunque para ello haya que huir de la interpretación dominante del sistema legitimario del Código civil y deba apreciarse que la posición de heredero forzoso proporciona una protección distinta al mero derecho a una cuantía de bienes (*portio debita*). Sea como fuere, y a pesar de su cuestionamiento como institución necesaria gracias a que de la Constitución no se deduce su exigencia, como estudia Cañizares, la legítima sigue estando presente en mayor o menor medida en los regímenes civiles coexistentes en España, aunque cada vez que se ha regulado de nuevo sobre ella, como paradigmáticamente ha sucedido en los casos catalán y gallego, el resultado haya sido el de su progresiva debilitación: da cuenta de ello Farnós a raíz de la ampliación de las causas de desheredación en el Codi civil de Catalunya con la de la ausencia de relación familiar –que Pérez Escolar reivindica para el Código civil–, y ratifica Álvarez Álvarez al defender la desheredación parcial.

Continuando en el marco legitimario, hasta tres contribuciones ha merecido la mejora tácita: dos análisis con ocasión de la STS de 29 de julio de 2013 (Arana y Martínez Rodríguez) y otro examen jurisprudencial que no la incluye (Rodríguez). La preterición (Calvo), la posibilidad de renunciar a la «legítima usufructuaria vidual» con anterioridad a la apertura de la suce-

sión del consorte premuerto a partir de la modificación del Código civil por Ley 15/2005, de 8 de julio (Rubio San Román) y el examen del pago de la legítima en metálico con bienes extrahereditarios y la garantía de su cumplimiento (Saborido), figuran igualmente en este mismo ámbito. Y también, aunque podría situarse perfectamente en el siguiente bloque, cabe mencionar el artículo de Moreno Flórez sobre la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado recogida en el art. 808,3 CC.

El segundo gran tema general de los «Estudios de Derecho de Sucesiones» es, como decíamos, el testamento y sus instituciones o figuras jurídicas vinculadas (aunque no sólo a él). Además de la atinada y solvente revisitación del testamento ológrafo llevada a cabo por Herrero, coordinadora del libro homenaje, estudiando en concreto su protocolización a la luz del entonces Anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria –que, con razón, califica de constitucionalmente desleal al ignorar la coexistencia en España de diferentes regímenes civiles– y aplaudiendo el nuevo protagonismo de la función notarial, destacan numéricamente las contribuciones relacionadas con la capacidad para testar y con los legados. Con respecto a la capacidad coinciden dos aportaciones (Gómez Laplaza y Díaz Alabart y Guilarte Martín-Calero) en reclamar y proponer la modificación del art. 665 CC, actualmente «desajustado» a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006), mientras que otra (Cobacho) aborda el análisis de la STS de 20 de marzo de 2013 sobre la validez del testamento ante la ausencia de la constancia formal del juicio de capacidad del Notario.

Por lo que se refiere al contenido del testamento, hasta ocho contribuciones se cuentan sobre los legados, escritas tanto desde la perspectiva del Derecho civil de Cataluña (Alonso y Alonso, Llácer) como del Código civil. Casi todas versan sobre el estudio analítico, no desprovisto de aplicación práctica, de determinados aspectos de un tipo concreto de legado, como el de habitación (De Amunátegui), el de crédito (Cabanillas), el de cosa ajena (Llamas), el de aumento de valor de acciones o participaciones en usufructo (Roca Guillamón) o el de cosa genérica (Torrelles) y, con un carácter más general, figura un artículo sobre la responsabilidad del legatario por las deudas del causante (Zumaquero). Con este mismo carácter general cabe destacar la aportación del profesor Alonso Pérez, en coautoría recíprocamente enriquecedora con la registradora de la propiedad Alonso Prado, en torno a los aspectos más relevantes de la regulación catalana de los legados, realizando un análisis comparativo entre la nueva normativa del Codi civil (2008) y la anterior del Codi de Successions (1991). En el examen de los aspectos fundamentales del legado los autores reflexionan en torno a la distinción entre el legado obligacional y el legado real, defendiendo que la división merecería establecerse no únicamente en lo relativo a su eficacia sino también, o principalmente, respecto de las formas de ordenarse los legados, ya que aquélla es derivación de éstas; a continuación se repasan las principales características de los diferentes tipos de legados del Codi civil, para terminar destacando que a pesar de que el derecho catalán, al contrario que el Código civil, conserva la institución romana de la cuarta falcidia, también indirectamente puede llegarse al mismo resultado del art. 891 CC si el causante ha prohibido la reducción de los legados, «con los graves problemas que siempre plantea la falta de institución de heredero». En definitiva, un magnífico trabajo ahorrado a la brevedad exigida y con la maestría en el uso de las fuentes romanas a las que nos tiene acostumbrados Don Mariano. También cabría incluir en

esta misma temática de los legados el concienzudo y estructurado estudio de Domínguez Luelmo, codirector del *Liber Amicorum*, al dedicar una parte importante del mismo al legado de cosa hipotecada, *ex art. 867 CC*, si bien en el contexto general de la transmisión *mortis causa* de finca hipotecada que habitualmente, en la práctica, coincidirá con la vivienda habitual y se acostumbra a adquirir a título de heredero y no de legatario; termina el autor su artículo con el interesante supuesto especial de la sucesión *mortis causa* en la hipoteca inversa, en el que incluye la posibilidad de que la vivienda así gravada sea objeto de legado en cuyo caso, si el testador ha impuesto al legatario la carga del pago de la deuda, éste parece que quedará obligado junto con los herederos al pago *post mortem*.

Prosiguiendo con el contenido del testamento –aunque también con la libertad de testar y, por tanto, con la legítima– se sitúa la colaboración de García Rubio, codirectora de los «Estudios», sobre las «relaciones de cuidado» que, en una sociedad con una expectativa de vida cada vez mayor, inevitablemente cobrarán mayor protagonismo; al examen de la interferencia entre la tarea de asistencia y atención y el Derecho de sucesiones (con la legítima, la sucesión intestada y las deudas de la herencia) se dedica la autora con su habitual rigor y sugerente estilo preguntándose si, ante el riesgo de que la atribución *mortis causa* recibida por el cuidador responda a una captación de voluntad del testador vulnerable, debe prevalecer la desconfianza hacia este tipo de disposiciones –tratándose generalmente como supuestos de inhabilidad o incapacidad relativa para suceder, *lato sensu*: desde la prohibición (Alemania) o la firme restricción (Francia, Italia) hasta una solución intermedia (Cataluña, si bien en Derecho catalán cabe el pacto sucesorio que lo prevea)–, o bien, sencillamente, hay que favorecerlas (como sucede, sin ambages, en Galicia), decantándose por la respuesta afirmativa. Entiende la profesora que en el seno del Código la validez de la disposición estará sometida a la ausencia de engaño o manipulación y si ésta concurre, propone acudir a los expedientes de la indignidad, de los vicios de la voluntad o de la falta de capacidad del testador para apreciar su ineficacia. Al estudio general anterior se suma el de Nieto, que incide con más detenimiento en las propias disposiciones en favor de las personas cuidadoras (naturaleza, designación e identificación del beneficiado), en la casuística jurisprudencial e incluso en el planteamiento de alguna propuesta de *lege ferenda*, con lo que ambas colaboraciones resultan complementarias.

IV

El segundo criterio de selección de aportaciones a reseñar se justifica por la circunstancia común de que, en el corto espacio de tiempo transcurrido entre la publicación de los «Estudios de Derecho de Sucesiones» y la redacción de esta recensión, hemos asistido a la irreparable pérdida de tres de los autores, dos profesoras barcelonesas, Ariadna Aguilera Rull y mi muy querida M.^a Rosa Llácer Matacás, a quienes se ha unido en el viaje definitivo uno de los grandes civilistas de nuestra época, D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Dedicar unas líneas a las contribuciones realizadas por los tres compañeros fallecidos, además de cumplir con uno de los objetivos de toda recensión en tanto se da cuenta (de parte) del contenido de la obra, es también una manera de honrar su memoria.

Precisamente Ariadna Aguilera, en coautoría con Albert Lamarca, abre el volumen con una contribución titulada «Adopción simple y derechos sucesorios», en la que se estudia de manera clarificadora la tortuosa travesía legislativa y jurisprudencial experimentada por la institución de la adopción simple y sus repercusiones sucesorias tras la promulgación de la Constitución de 1978. Por su impecable ejecución, su minuciosidad y lo acabado de sus argumentaciones, es un trabajo modélico que pone en evidencia el buen hacer del jurista todavía no contaminado por las caprichosas y escasamente académicas exigencias meramente cuantitativas que se intentan imponer como nuevo modelo de la investigación universitaria. Sólo me queda lamentar, muy sinceramente, la pérdida de tan joven y prometedora civilista, a quien tuve la suerte de conocer y tratar durante mi etapa al frente de la Comisión de Codificación de Cataluña cuando requerí su asesoramiento en materia de igualdad y no discriminación en la contratación privada, si bien su conocimiento sobre este tema, siempre desde la perspectiva de género como en cualquier otro que estudiara, era reivindicativamente transversal entre los ámbitos público y privado. Su recuerdo y sus escritos, entre ellos el que ahora menciono, la harán permanecer vivamente entre nosotros.

La segunda defunción a la que voy a referirme es la de D. Luis Díez-Picazo, uno de los más grandes civilistas de las últimas décadas, las mismas a las que también se remonta su intensa amistad con la profesora Torres García. La Dra. García Rubio, entre otros, ya se ha ocupado de resaltar cumplidamente la importancia de la figura del profesor Díez-Picazo y de la obra que nos deja, por lo que me limito ahora a reseñar su participación en el libro destinado a homenajear a su amiga, no sin antes dejar constancia del privilegio de haberle conocido en sus amables visitas a la Universitat de Lleida y de haberme ofrecido un trato de sincera cordialidad y mutua disponibilidad. Haciendo gala una vez más de su estilo directo y convincente, el profesor Díez-Picazo contribuye con el sugestivo artículo titulado «Errores testamentarios» al estudio detallado tanto del texto del art. 773 CC como de su origen y evolución y a sus aplicaciones jurisprudenciales, para acabar centrando su análisis, con la precisión y rigor habituales, en los problemas de interpretación y prueba originados por la regla en cuestión. Este precepto es el instrumento utilizado por el autor para volver sobre uno de los temas clásicos del Derecho sucesorio del Código civil, cual es la incidencia —o falta de la misma, *ex art. 673 CC*— del error en las disposiciones testamentarias o los problemas que plantea la correcta interpretación del testamento. En suma, estamos ante uno de los últimos trabajos de un gran maestro del Derecho civil cuya presencia en la obra recensionada es una muestra más de la calidad que ésta atesora.

El tercero de los autores que han fallecido en el transcurso de escasos meses es precisamente la persona con la que me unieron mayores lazos afectivos y, por ello, aquella a la que me resulta más difícil mencionar en pretérito; se trata de la Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, la Dra. M.^a Rosa Llácer. El comprensivo lector me consentirá las palabras que siguen, ancladas en la amistad aunque debidamente contrastadas con la opinión generalizada entre los que nos dedicamos al Derecho civil: la profesora Llácer era una persona naturalmente dotada para la profesión que vocacionalmente escogió, con una formación privilegiada y una gran intuición jurídica, todo ello combinado con una admirable generosidad y constante entrega académica; pocas veces he conocido una persona tan disciplinada y enérgica en su quehacer profesional, virtudes que le permitieron amasar, a un

tiempo, una obra prolífica y científicamente relevante, cuando cantidad y calidad no suelen transitar conjuntamente en demasiadas ocasiones. Con ella tuve el placer de desplazarme y asistir al acto académico de homenaje que se tributó a la profesora Torres García en la Universidad de Valladolid el 20 de febrero de 2015 y en el que tuvo lugar la presentación de este *Liber Amicorum*: a pesar de que ya entonces comenzaba a sentir los terribles síntomas de la cruel enfermedad contra la que apenas tuvo oportunidad de luchar, le pudo más la consideración de la gratitud y de la amistad con la homenajeadada, tal como el profesor Carlos J. Maluquer de Motes, su maestro y mentor, buen amigo de Doña Teodora e íntimo amigo mío, nos había transmitido con su ejemplo hasta su también temprana desaparición en el 2010; sirva esta mención para honrar igualmente su vivo recuerdo.

La profesora Llácer contribuye al libro con un trabajo titulado «Prelegado: aceptación tácita de la herencia y toma de posesión del bien legado», conforme a la regulación dispensada por el Codi civil de Cataluña. De nuevo estamos ante un tema sucesorio clásico, cual es el de plantear los problemas que puede suscitar la eventual doble condición como heredero y legatario del llamado a la herencia como prelegatario, pues aunque las reglas le permiten aceptar el legado y repudiar la herencia y tomar por sí mismo posesión de la cosa legada de la que ya es propietario (tema al que la autora dedica la última parte del texto), éste y otros actos dominicales realizados como prelegatario pueden comprometer su deseo de renunciar a la condición de heredero al ser interpretados como actos de aceptación tácita de la herencia. La autora analiza alguno de estos actos, como el arrendamiento de la finca prelegada por el prelegatario, el contrato de administración de fincas con el encargo de arrendarlas o de cobrar sus rentas, la apertura de cuenta corriente para ingresar dinero proveniente de las fincas prelegadas (alquileres) y satisfacer gastos de los bienes legados, el pago de deudas de la herencia con dinero procedente de las fincas recibidas o el pago del impuesto de sucesiones o solicitud de su aplazamiento que, realizados a título de prelegatario, no constituyen en ningún caso, según la autora, actos de aceptación de la herencia. En fin, la autora razona a lo largo de todo el estudio sobre la concurrencia de dos delaciones independientes en el llamamiento al prelegatario, y toma partido coherente con tal planteamiento con la claridad expositiva y de ideas que han jalonado toda su trayectoria.

V

Quien alguna vez se ha enfrentado con gusto a la publicación de una obra colectiva de estas características sabe que no es precisamente menor la labor de dirección y de coordinación, con todas las tareas principales y accesorias que conlleva, por lo que cabe felicitar con afectuosa sinceridad a Andrés Domínguez y a M.^a Paz García Rubio, directores, y a Margarita Herrero, coordinadora, por haberla llevado a buen fin en una espléndida edición, tanto desde el punto de vista formal –al que no es ajeno la editorial La Ley–, cuanto desde la perspectiva de su contenido, en el cual la seriedad y el rigor resultan ser seña de identidad tal como corresponde a la categoría y merecimiento de la homenajeadada. Acaso una eventual carencia, siempre de importancia menor: en atención a la magnitud y extensión del libro recensionado hubiese sido útil contar con un índice o anexo sistemático por materias tratadas para favorecer la búsqueda y mejor manejo de su contenido. En definitiva, su con-

sulta deviene imprescindible para obtener un panorama transversal de las cuestiones que más preocupan al estudioso del Derecho de sucesiones y que, sin duda, es ya de obligada referencia tanto para el jurista universitario como para el profesional del Derecho interesados en conocer el estado actual de la doctrina y de la jurisprudencia ante los nuevos retos en este ámbito sujeto a revisión crítica.

Ya para terminar, quiero tomar prestadas unas palabras de la *laudatio* del inicio de la obra para aseverar que «un estilo de vida y un ejemplo de trabajo y dedicación» como el de la profesora Dra. Teodora F. Torres García merecían, más que sobradamente y como pocos, el homenaje que se le tributa con este *Liber Amicorum*.

Carles Enric FLORENSA I TOMÀS
Catedrático de Derecho civil
Universitat de Lleida

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis/ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia (Coord.): *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 1670 pp.¹

1. No es preciso destacar la relevancia del papel del Tribunal Constitucional como máximo intérprete de nuestra norma fundamental (art. 1 LOTC) ni insistir en la significación de sus sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad, vinculantes para todos los poderes públicos y con eficacia general desde su publicación en el BOE (art. 38.1 LOTC). Pero conviene recordarlo antes de apuntar que la obra objeto de esta reseña ilustra a la perfección el rol fundamental que desempeña el TC, al agrupar en un volumen varias de sus sentencias más significativas en materia civil.

En concreto, la obra reseñada reúne en un voluminoso tomo los comentarios de veinticinco sentencias del TC en materia civil, bajo la coordinación de dos profesores de Derecho civil de la Universidad Jaime I de Castellón: el Catedrático Luis Martínez Vázquez de Castro (que glosa además una de las sentencias seleccionadas) y la Profesora Titular Patricia Escribano Tortajada. Los comentarios han sido redactados por veinticuatro profesores de Derecho civil de toda España, Catedráticos en su mayor parte; la participación en esta obra les sirve a varios de ellos para volver a tratar temas sobre los que ya cuentan con importantes publicaciones previas y que, por tanto, se inscriben en campos de su especialización. En todo caso, se lleva a cabo un concienzudo y riguroso análisis de la materia abordada por cada sentencia, que pone de relieve el estado de la cuestión y, por lo general, la postura personal de cada comentarista al respecto; el grado de crítica con las tesis del TC varía notablemente de unos casos a otros, de modo que junto a algunas reseñas que valoran muy negativamente algunos de los fallos, son más las que ciñen la crítica a solo algún aspecto concreto de la sentencia o, directamente, comparan sus posiciones.

¹ Esta recensión se inscribe en el Proyecto de Investigación sobre «Retos actuales de la autonomía privada» (DER2014-52503-P), del que somos Investigadores principales el profesor José M.^a Miquel González y yo misma.

Por lo que se refiere al objeto de la obra, las resoluciones comentadas han sido seleccionadas por su relevancia en temas civiles y abarcan un dilatado período de tiempo, siendo la más antigua de 1988 y las más recientes de 2014; el tiempo transcurrido desde que se dictaron las primeras y hasta hoy no resta interés a su análisis ya que con frecuencia los comentarios no se ciñen exclusivamente a la sentencia que les da título sino que van más allá, examinando sus antecedentes y sus ulteriores implicaciones tanto en jurisprudencia como en legislación (siendo este también el caso de los estudios referidos a los fallos de más antigüedad). Tratándose de sentencias del TC en asuntos civiles, las seleccionadas se centran, como no podía ser de otra manera, en cuestiones que afectan a derechos fundamentales y libertades públicas amparadas constitucionalmente o al reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia civil, temas que llegan a conocimiento del Constitucional fundamentalmente por el planteamiento de recursos de amparo o de recursos de inconstitucionalidad.

En el plano formal, las sentencias y, por tanto, sus comentarios se presentan en orden cronológico descendente, de modo que la obra comienza con las resoluciones más recientes. En el índice se especifica sucintamente el asunto al que se refiere cada una de ellas, asunto que luego suele aparecer más detallado en el subtítulo que precede a cada comentario. Estos se abren siempre con la transcripción del fallo analizado, que unas veces es íntegra y otras se ciñe a aquella parte del mismo que es objeto de consideración; a continuación se incluye un resumen que da cuenta brevemente de los antecedentes del caso; el empleo de distintos tipos de letra para fallo, resumen y comentario en sí facilita la consulta de la obra; también resulta de utilidad que todas las reseñas incluyan un sumario y se cierren con un listado de bibliografía (en ocasiones citada y, en otras, relativa al tema tratado).

2. Paso a continuación a sintetizar brevemente el contenido de cada uno de los comentarios.

La obra se abre con el comentario a la STC 168/2014, de 22 de octubre, de la mano de M.^a Ángeles Parra Lucán, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza. En él se analiza la incidencia de los principios constitucionales –destacadamente el principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo– en el ámbito de los títulos nobiliarios; la autora comienza cuestionándose la compatibilidad de la nobleza con el principio de igualdad y rechaza la tesis del Constitucional que atribuye a estos títulos un carácter meramente simbólico, obviando la tutela que el Estado sigue pres-tándoles, para justificar su exclusión de los valores constitucionales; después se centra en el tema que constituye el asunto principal de la sentencia comentada: la igualdad de hombre y mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios y la aplicación retroactiva de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, que consagra dicha igualdad a pesar de que el TC no considera contraria al art. 14 CE la legislación histórica que establecía la preferencia del varón (lo cual es también criticado por la profesora Parra Lucán); el comentario concluye tratando dos cuestiones particulares conexas con el mismo tema y sobre las que existen pronunciamientos anteriores del TC o del Consejo de Estado: la condición de «casarse con noble» y la compatibilidad con el art. 14 CE de la exigencia de consanguinidad y de legitimidad (o filiación matrimonial) impuesta para suceder en los títulos nobiliarios.

La STC 93/2014, de 12 de junio, es comentada por Salvador Carrión Olmos, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia; sostiene esta sentencia la conformidad a la CE de la negativa de pensión de viudedad

al miembro superviviente de una pareja homosexual que no pudo contraer matrimonio porque la legislación entonces vigente no autorizaba el matrimonio entre personas del mismo sexo. El comentario analiza las cuestiones centrales de la sentencia, comenzando por el ajuste constitucional de la exigencia de diversidad sexual para la celebración del matrimonio en la legalidad anterior a la Ley 13/2005 y, por tanto, también del art. 174.1 LGSS, en cuanto exige la condición de «cónyuge» para obtener pensión de viudedad; de ello deriva en buena medida la inconsistencia del argumento de la discriminación de las parejas homosexuales que no pudieron contraer matrimonio antes de la Ley 13/2005 respecto de las heterosexuales que no pudieron hacerlo por no estar permitido el divorcio y a las que sí se reconoció pensión de viudedad por la D. A. 10.^a, regla 2.^a, de la Ley 30/1981; el TC parte, además, de la conexión entre pensión de viudedad y vínculo matrimonial, rechazando que el fin de aquella sea compensar la minoración de ingresos de quien sobrevive en una pareja. El profesor Carrión Olmos concluye su estudio trayendo a colación la STC 198/2012 (objeto de comentario separado en esta obra), que declaró conforme a la CE la Ley 13/2005, asumiendo que la diversidad sexual no forma parte del «contenido esencial» del derecho a contraer matrimonio.

La STC 4/2014, de 16 de enero, es examinada por Vicente Guilarte Gutiérrez, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valladolid; el autor se detiene en los dos problemas de constitucionalidad que la sentencia resuelve respecto de la Ley catalana 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán que deban inscribirse en un Registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña. Así, analiza en primer lugar la inconstitucionalidad –declarada por el TC y basada en un exceso competencial– del art. 3.4 de la Ley en cuanto dispone que, cuando se presentan varios recursos gubernativos por diversos interesados y al menos uno de ellos se funde en Derecho catalán, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat (DGDEJ) es competente para decidir todos, incluso los que se funden en infracción de reglas comunes; tras destacar la descoordinación entre DGDEJ y DGRN al tratar los recursos que contienen infracción de reglas comunes y autonómicas, el prof. Guilarte defiende que cuando se planteen ambos tipos de impugnación la *vis* atractiva debe corresponder a la DGRN, salvo que el tema sustantivo de fondo deba decidirse conforme a reglas autonómicas, en cuyo caso debiera ser competente la DGDEJ. En segundo lugar, examina la desestimación por el TC de la inconstitucionalidad del art. 7.2 de la Ley, que, emulando lo establecido por la Ley estatal 24/2001, confiere carácter vinculante a las consultas evacuadas por la DGDEJ; al margen de ello, el comentario destaca la falta de sentido de este tipo de normas.

El comentario de la STC 186/2013, de 23 de noviembre, sirve a María José Reyes López, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Valencia, para reflexionar sobre los límites a la aplicación del art. 57.2 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. El citado precepto permite expulsar de nuestro país al extranjero condenado por conducta dolosa que en nuestro país constituya delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. Interpretando literalmente el precepto, el TC rechazó el amparo solicitado por una argentina a la que se instó procedimiento de expulsión. La profesora Reyes critica el fallo, alineándose con los argumentos del voto particular, según el cual la medida era desproporcionada por no tener en cuenta las concretas circunstancias del caso, amén de inconstitucio-

nal por lesionar derechos fundamentales; la expulsada tenía una hija de corta edad nacida en España y de padre español, de modo que si dejaba a la hija en España se separaría de ella y, si se la llevaba consigo, la hija perdería el contacto con su padre y con su entorno afectivo y familiar; por ello, se reprocha al Constitucional, no solo que su decisión merma la libertad de residencia y de circulación de la menor, sino, particularmente, no haber tenido en cuenta el interés de la niña ni la protección de su vida familiar, ignorando la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 9.1 y 19.1), la CEDH (art. 8) y la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida familiar y los límites a la expulsión de extranjeros.

La STC 81/2013, de 11 de abril, y la STC 93/2013, de 23 de abril, son comentadas por Judith Solé Resina, Profesora Titular de Derecho civil y acreditada como Catedrática de la Universidad Autónoma de Barcelona. Su temática –tratada ya por la misma autora en diversas publicaciones– es la constitucionalidad de las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho; aunque cada una de las sentencias se refiere a una Ley concreta (la primera a la Ley madrileña 11/2001 y la segunda a la Ley Foral navarra 6/2000), su doctrina podría derivar en la apreciación de la inconstitucionalidad de algunas reglas contenidas en otras normativas autonómicas, tal y como subraya la profesora Solé. Así, la negación de la competencia de la Comunidad de Madrid para regular las uniones de hecho, establecida por la STC 81/2013, sería aplicable a otras muchas que carecen asimismo de competencia legislativa en materia de Derecho civil. Tratándose de Comunidades que sí tienen esa competencia, la tacha de inconstitucionalidad se basa, en la STC 93/2013, en la invasión de la competencia exclusiva del Estado sobre las normas para resolver conflictos de leyes (art. 149.1.8 CE) y en la lesión del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) por las normas que prevén la constitución automática de la unión y por las que regulan sus efectos civiles sin condicionar su aplicación a su previa asunción por los miembros de la pareja. La autora concentra sus críticas en este último aspecto de la sentencia y concluye que, a la vista del rechazo por la STC 93/2013 de buena parte del contenido de las normas reguladoras de las uniones de hecho, las leyes que las regulan quedan prácticamente desprovistas de contenido y lo poco que queda de este no justifica una ley civil especial al respecto.

La STC 79/2013, de 8 de abril, es comentada por Andrés Domínguez Luelmo, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valladolid, quien ya antes había escrito sobre algunas de las cuestiones que la misma resuelve. Subraya el autor la relevancia de esta sentencia por ser la primera que plantea el tema de la constitución de la relación jurídico procesal, en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria regulado en la LEC, en relación con el titular de la finca que ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad; el fallo sienta doctrina sobre los arts. 685 y 689 LEC y 132 LH y resuelve la aparente antinomia entre los arts. 132 LH y 685.1 LEC, considerando al tercero poseedor inscrito como parte procesal en todo caso. El comentario analiza el pronunciamiento del TC partiendo de la delimitación del concepto de tercero poseedor y de la delimitación de las situaciones en que este puede hallarse en el procedimiento; así, cuando el tercero no ha acreditado al acreedor su adquisición pero ha inscrito su derecho, si no se le ha requerido de pago se le debe notificar la existencia del procedimiento para que pueda intervenir en la ejecución (art. 689. LEC), intervención que debe ser como la de una verdadera parte procesal, con derecho a formular oposición si no quiere dejarse indefenso; a partir de ahí, y siempre al hilo de la sentencia, el

profesor Domínguez explica la diferente actividad procesal a desarrollar por el ejecutante a la vista de cuándo haya tenido conocimiento de la existencia del tercero poseedor; el comentario concluye con un resumen de la doctrina de la DGRN basada en el art. 132 LH, constatando su perfecto encaje con la interpretación que hace el TC de los arts. 685, 686 y 689 LEC, ya que el tercero poseedor inscrito que aparece en la certificación de cargas debe considerarse a todos los efectos parte procesal, y esto debe ser calificado necesariamente por el Registrador.

La STC 198/2012, de 6 de noviembre, declaró la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el Código civil para admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. En su comentario, el Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza Carlos Martínez de Aguirre Aldaz vuelve sobre un tema del que se ha ocupado ya en diversas publicaciones y discrepa de la tesis central de la sentencia, según la cual el cambio en el concepto legal de matrimonio introducido por la Ley 13/2005 no contraviene lo establecido en el art. 32 CE; a estos efectos el TC se apoya en una interpretación evolutiva o sociológica, de modo que, según el profesor Martínez de Aguirre, es la misma Ley la que, en los siete años en que estuvo vigente hasta recaer sentencia, generó los fundamentos de su propia constitucionalidad. Frente a ello, Martínez de Aguirre sostiene que la cuestión clave es el concepto de matrimonio y que la diversidad sexual es, gramatical, histórica y constitucionalmente, un elemento estructural básico –no accidental– de dicho concepto; de ahí deduce que, al considerar matrimonio también las uniones de personas del mismo sexo, cuya estructura es no procreativa, la reforma de 2005 supone un cambio radical en su concepción y en el significado del término; por ello mismo entiende que también la dimensión objetiva del derecho a contraer matrimonio se ha visto esencialmente alterada; en su opinión, este derecho se ha visto afectado, no en cuanto al «derecho» (sigue existiendo el derecho a contraer algo), sino en cuanto al «matrimonio» (que ha dejado de serlo). El comentario termina destacando que una eventual recuperación del elemento de la heterosexualidad del matrimonio sería, conforme se desprende de la sentencia comentada, plenamente constitucional.

La STC 150/2011, de 29 de septiembre, es estudiada por Luis Martínez Vázquez de Castro, Catedrático de Derecho civil de la Universidad Jaime I de Castellón. La sentencia es una más de las dictadas en los últimos años en casos en que particulares afectados por molestias ambientales, y en particular ruidos, han recurrido en amparo al Constitucional (invocando normalmente los arts. 15.1, 18.1 y 18.2 CE) ante la desestimación de sus pretensiones –de cese de actividad y/o indemnizatorias– en las instancias judiciales previas. La jurisprudencia del TEDH ha sido decisiva en este tema, forzando un cambio de actitud en nuestros tribunales. Por ello el comentario repasa con detalle varios casos de este tipo en los que el TEDH apreció que España había conculcado el derecho a la vida privada y familiar y al respeto al domicilio de los respectivos demandantes y, con ello, el art. 8 CEDH; la violación se considera producida por la pasividad de las autoridades para hacer cesar los perjuicios causados por terceros a tales derechos; la STEDH de 16 de noviembre de 2004 consideró además demasiado formalista la exigencia de las autoridades españolas de prueba de la intensidad de los ruidos dentro del domicilio, ya que había una declaración administrativa de zona acústicamente saturada. Este dato es importante porque, pese a que la doctrina del TEDH ya ha influido en varios fallos del Constitucional que admiten que el ruido puede lesionar los derechos fundamentales a la integridad física y moral, a la intimidad

personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, la STC 150/2011 deniega el amparo por falta de prueba de medición del ruido dentro de la vivienda (sita en zona acústicamente saturada); como subraya Martínez Vázquez de Castro, esto choca con lo establecido por el TEDH. En todo caso, el tema suscita importantes cuestiones que el autor deja planteadas al cierre de su comentario y que giran en buena medida en torno a la extensión y configuración de los conceptos y los derechos en juego.

Al hilo de la STC 123/2010, de 29 de noviembre, Javier Avilés García, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Oviedo, desarrolla un extenso estudio sobre las cuestiones centrales contempladas en la sentencia: de un lado, la justificación de la legitimidad procesal de las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual para representar a los eventuales titulares de los derechos de compensación equitativa por copia privada; y, de otro lado, la legalidad y validez del canon compensatorio. Con todo, el comentario extiende su objeto más allá del referido fallo. Así, expone la STC 196/2009, de 28 de septiembre, estrechamente conectada con la que se comenta; da buena cuenta de los cambios legislativos operados en la materia desde que se dictó la sentencia y hasta hoy; analiza la reciente doctrina del TEDH sobre compensación equitativa, particularmente la STJUE de 21 de octubre de 2010 (asunto Padawan), para extraer de ella una base argumentativa que permita hacer una interpretación adecuada de nuestra legislación; y termina examinando la revisión de la legalidad de la compensación equitativa por copia privada, particularmente por lo que se refiere a su pago con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, a la vista de dos iniciativas recientes: la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el ATS de 10 de septiembre de 2014 y el recurso de inconstitucionalidad presentado el 4 de febrero de 2014 contra el art. 25.1. II TRLPI (redactado por la Ley 21/2014, que legalizó el RD 1657/2012); en este último punto el profesor Avilés, invocando la doctrina del TJUE, subraya la necesidad de que la carga económica recaiga sobre los beneficiarios responsables del daño previsible y de garantizar una indemnización justa y acorde a la situación individual del afectado, y sostiene que el pago de la compensación equitativa con cargo al erario público, con una partida fija y limitada, vulnera el principio de proporcionalidad que el TC emplea al enjuiciar las limitaciones de derechos fundamentales.

La STC 31/2010, de 28 de junio, relativa al Estatuto de Autonomía de Cataluña, es comentada por Mariano Yzquierdo Tolsada, Catedrático de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid, en lo referente al test de constitucionalidad de su art. 129; por ello el análisis se centra en el tema de los límites de las competencias autonómicas en materia de Derecho civil, cuestión ya tratada con anterioridad por este autor en algunos aspectos. El profesor Yzquierdo sostiene que el ámbito de actuación de las Comunidades Autónomas es el constituido por su Derecho foral, allá donde existiera al promulgarse la Constitución, y que en él pueden innovar contenidos (actualizando y regulando instituciones conexas dentro de sus principios informadores), mas no legislar *ex novo* instituciones que nunca estuvieron presentes en sus Derechos forales; por ello estima que el art. 129 EAC es netamente inconstitucional, al reconocer a Cataluña competencia exclusiva plena en toda materia de Derecho civil que no sea de las atribuidas al Estado «en todo caso» (materias estas en las que, por lo demás, entran diversas leyes catalanas); este modelo se ha seguido por otras Comunidades, en sus Estatutos de Autonomía y en su legislación civil, también incluyendo reglas de eficacia horizontal (*inter privatos*) en leyes dictadas al amparo de una competencia

legislativa atribuida por el constituyente en una dirección vertical (administración-ciudadanos). Yzquierdo entiende que la STC 31/2010 brinda criterios fundamentales para resolver el problema tratado, que avalan la interpretación que él preconiza del art. 149.1.8.^a CE; sin embargo, el nulo efecto práctico de la sentencia ha propiciado una huida al Derecho mercantil (por ser esta una materia inequívocamente estatal *ex art. 149.1.6.^a CE*), que amenaza con expandir desmesuradamente su objeto y que es apreciable, como observa Yzquierdo, tanto en la jurisprudencia como en el reciente Proyecto de Código Mercantil.

La STC 9/2010, de 27 de abril, aborda la incidencia de los principios constitucionales en la interpretación del testamento y en la autonomía de la voluntad del testador y es comentada por Manuel Espejo Lerdo de Tejada, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla (que ya ha tratado esta cuestión en trabajos anteriores). En el caso resuelto se trataba de un testamento de 1927 en el que el testador, muerto en 1945, previó una sustitución fideicomisaria sometida a condición *si sine liberis decesseris*, en cuya formulación se aludía a los hijos legítimos; habiendo fallecido en 1995 uno de los sustitutos con dos hijas adoptivas se discutía si eran ellas o el siguiente sustituto los llamados a la herencia. El TSJ de Cataluña consideró que la voluntad del testador era que no tomaran posesión de la herencia quienes no fueran hijos legítimos, por lo que aquellas recurrieron en amparo al TC, que estimó conculcado el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de nacimiento (arts. 14 y 39.2 CE) (en línea coincidente con varias sentencias del TS y la STEDH de 13 de julio de 2004). Espejo discrepa por completo del fallo porque entiende, de un lado, que la CE no impone la igualdad de efectos de adopción y filiación por naturaleza y, de otro, que la STC 9/2010 no es compatible con las reglas de interpretación del testamento, habida cuenta que la igualdad de los hijos no es un criterio imperativo que el testamento deba respetar ni un criterio hermenéutico de las declaraciones de voluntad; el principio constitucional de no discriminación –concluye– no se refiere a los adoptados en relación con los hijos por naturaleza pero, aunque así fuera, ello sería aplicable a la Ley y no al testador, quien, tanto hoy como antes de la CE, no está obligado a disponer de lo suyo con igualdad.

M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Barcelona, analiza la STC 176/2008, de 22 de diciembre. En ella el TC denegó el amparo a un padre separado cuyo régimen de visitas con su hijo fue restringido cuando se manifestó su condición de transexual. La profesora Gete-Alonso –autora de algunos trabajos previos sobre aspectos relacionados con esta cuestión– critica severamente la sentencia del Constitucional (y, por reflejo, también la del TEDH, de 30 de noviembre de 2010, que descartó la vulneración del art. 8 en relación con el art. 14 CEDH) porque no entra a valorar la situación jurídica y el ejercicio de los derechos personales y familiares de la persona transexual y, muy destacadamente, porque se limita a argumentar que como las sentencias impugnadas dicen que no actuaron discriminatoriamente sino guiadas por el interés superior del menor, no hubo discriminación; para la autora, y en contra de lo que literalmente se dice en la sentencia, fue la transexualidad del padre, concebida como una patología, lo que determinó la restricción del régimen de visitas; y ello porque su alegada inestabilidad psíquica (no grave y en vías de mejoría) no hubiera sido suficiente en otro caso para la restricción impuesta, que por ello resultaba absolutamente desproporcionada; finalmente –observa la profesora Gete-Alonso–, el interés del menor no justifica aislarle de la reali-

dad con un proteccionismo paternalista mal entendido; las circunstancias concretas del caso no revelaban que ese interés estuviera amenazado antes de limitarse el derecho de visita del padre, por lo cual esta medida más bien resultaba contraproducente desde este punto de vista.

José Antonio Cobacho Gómez, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Murcia, examina la STC 6/2008, de 21 de enero. En ella el TC estimó el recurso de amparo interpuesto contra un auto judicial que declaró no haber lugar al incidente de nulidad de actuaciones promovido por un acreedor hipotecario tras haberse adjudicado la finca hipotecada a un tercero; la ejecución había sido instada por el titular de una primera hipoteca, pero en la subasta no participó el demandante en amparo porque el Registrador de la Propiedad no practicó las notificaciones exigidas por los arts. 659, 660 y 689 LEC. El profesor Cobacho da cumplida cuenta de la posición de cada uno de los implicados y destaca que el TC, coincidiendo con el Ministerio Fiscal, apreció vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la interdicción de la indefensión (art. 24.1 CE) porque, en el auto recurrido, el tribunal había hecho una interpretación excesivamente formalista y rigurosa, contraria al principio *pro actione*, de la legislación procesal aplicable, al denegar al recurrente la posibilidad de acceder al procedimiento ejecutivo por ostentar un derecho del que únicamente constaba un asiento de presentación en el momento de expedir la certificación de cargas; de ello resulta que el Registrador está obligado a comunicar al acreedor hipotecario que conste en un asiento de presentación la existencia de un procedimiento hipotecario instado por un acreedor hipotecario anterior; estimado el amparo no procedía retrotraer las actuaciones (pues la finca había sido adjudicada ya a un tercero de buena fe que había inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad), pero sí se posibilitaba que el recurrente pudiera ejercitar las acciones pertinentes contra el Registrador y contra la Administración de justicia.

La STC 236/2007, de 7 de noviembre, enjuició algunas normas de la LO 8/2000, de reforma de la LO 4/2000, sobre libertades y derechos de los extranjeros en España y su integración social. M.^a Paz Sánchez González, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Cádiz, comienza su comentario inscribiendo la citada reforma en el marco general del Derecho de extranjería para desglosar después su análisis en dos partes. La primera aborda los límites que, según el TC, debe respetar el legislador al configurar los derechos de los extranjeros en España; la cuestión depende de si se trata de derechos vinculados a la dignidad humana –excluidos de cualquier restricción–, derechos que la CE reconoce a los extranjeros –cuyo «contenido preceptivo» debe ser respetado– o derechos que el legislador puede extender a los no nacionales –en cuyo caso su margen para modular su ejercicio es más amplio–. En la segunda parte, se expone el fallo del TC respecto de cada uno de los derechos y libertades afectados: así, se declararon inconstitucionales las reglas que impedían a los extranjeros en situación irregular ejercitar los derechos de reunión y manifestación, asociación, educación no obligatoria a los menores de edad o sindicación y el acceso a la justicia gratuita; de otra parte, la sentencia niega que la reagrupación familiar sea un derecho fundamental y considera ajustadas a la CE las reglas legales sobre motivación de la denegación de visado, procedimiento preferente de expulsión, retorno o expulsión por comisión de ciertos delitos.

La STC 177/2007, de 23 de julio, es comentada por Agustín Viguri Perea, Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad Jaime I de Castellón. En

ella el TC estimó vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo, por considerar irrazonable utilizar su negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad para afirmar la convicción de dicha paternidad, cuando la prueba en cuestión no llegó a acordarse judicialmente. El profesor Viguri critica el fallo por varias razones: así, observa que un error judicial (como el derivado de la falta de realización de las pruebas biológicas) no puede ir en detrimento de madre e hijos, que ven afectados derechos fundamentales que debieran prevalecer sobre el honor o la intimidad del demandado; en este sentido, subraya la utilidad del concepto de orden público para resolver este tipo de conflictos e invoca jurisprudencia, doctrina y textos legales para sustentar que a dicho concepto pertenecen los derechos fundamentales de la persona (derecho a conocer la paternidad y derechos derivados de dicho reconocimiento) y las cuestiones relativas a la filiación; en su opinión, el interés superior del menor y el avance de las nuevas técnicas para determinar la paternidad deben asimismo tomarse en cuenta en estos casos, lo que el autor ilustra con una breve exposición del Derecho angloamericano en la materia.

La doctrina del TC sobre las competencias estatales y autonómicas en materia de fundaciones es examinada por M.^a Belén Sainz-Cantero Caparrós, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Almería, al hilo de la STC 341/2005, de 21 de diciembre, dictada a propósito de la Ley madrileña 1/1998, de Fundaciones. La autora da cuenta del desarrollo de la normativa autonómica y estatal al respecto y constata que la doctrina sentada por la sentencia comentada coincide con la posición del legislador estatal (en las dos Leyes de Fundaciones, de 1994 y de 2002) y de los legisladores autonómicos (que se han reservado la competencia en materia de fundaciones que cumplan sus funciones en la Comunidad Autónoma correspondiente): en esencia, se parte de que la competencia del Estado es aquí residual y que la legislación sobre fundaciones no es legislación civil, por lo que es preciso utilizar otros títulos de atribución de competencias; así, compete en exclusiva al Estado regular las condiciones que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de fundación, los aspectos civiles y procesales del régimen de las fundaciones y las medidas fiscales de incentivación (números 1, 6, 8 y 14 del art. 149.1 CE); la autora expone la aplicación de esta doctrina respecto de los preceptos de la Ley madrileña sobre los que hubo de pronunciarse la STC comentada, criticando particularmente la declarada constitucionalidad de la cláusula de reversión prevista en aquella. El comentario se cierra con un apunte sobre las consecuencias de la doctrina expuesta en algunas Leyes posteriores y sobre el mantenimiento de la misma en el anteproyecto de Ley de fundaciones, concluyéndose que la tensión competencial entre Estado y CCAA no es un tema zanjado.

Iciar Cordero Cutillas, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Jaime I de Castellón, analiza la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 136.1 y 133.1 CC por las SSTC 138/2005, de 26 de mayo, 156/2005, de 9 de junio y 273/2005, de 27 de octubre. Ambos preceptos han sido recientemente reformados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, precisamente para su ajuste constitucional; la autora (que ya antes había estudiado algunas de las cuestiones que aquí se plantean) da cuenta de ello así como de la interpretación correctora que de ambos preceptos venía haciendo el TS ya antes de que el Constitucional se pronunciara al respecto. En efecto, y en cuanto a la impugnación de la presunción de paternidad, la inconstitucionalidad del

art. 136.1 CC se justificaba por no tener en cuenta el posible desconocimiento de la falta de paternidad biológica por parte del padre formal, lo que no pocas veces privaba al hombre de la posibilidad efectiva de ejercitar esta acción (con la consiguiente vulneración de los arts. 24 y 39.2 CE); la profesora Cordero analiza en detalle las dificultades que suscita la fijación del *dies a quo* en estos casos, manifestándose favorable a plazos suficientemente holgados como para poder decidir en estos temas. Por lo que afecta a la reclamación de la paternidad extramatrimonial, la inconstitucionalidad del art. 133.1 CC se explicaba por la falta de legitimación activa del padre biológico cuando no había posesión de estado (lesionándose así los mismos preceptos constitucionales antes citados); la autora analiza aquí las diversas situaciones prácticas posibles y se pronuncia a favor de la imprescriptibilidad de la acción del padre en estos casos.

Álvaro Núñez Iglesias, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Almería, comenta la STC 174/2002, de 9 de octubre, que trae causa de un recurso de amparo fundado en la omisión del trámite de audiencia al padre del presunto incapaz en un proceso de incapacitación que concluyó con la rehabilitación solo de la patria potestad de la madre. La cuestión central era determinar en qué medida tal omisión había vulnerado derechos fundamentales tanto del padre como del hijo, siendo este el primer fallo en que el TC se pronunció sobre las garantías jurisdiccionales, y particularmente sobre la práctica de las diligencias previas, en el proceso de incapacitación. Tras admitir la legitimación activa del padre, la sentencia resuelve las dos cuestiones centrales que planteaba el recurso. De un lado, el TC estimó vulnerado el derecho del presunto incapaz a un proceso con todas las garantías, punto en que el profesor Núñez subraya cómo la relevancia de los derechos afectados por la incapacitación y el carácter graduable de esta imponen el respeto procesal, siendo la audiencia a los parientes garantía esencial de los derechos del presunto incapaz. De otro lado, también consideró lesionado el derecho del padre a la tutela judicial efectiva; el comentario critica aquí dos ideas que parece admitir la sentencia: una, que en el proceso de incapacitación puede decidirse la rehabilitación de la patria potestad de uno o de ambos progenitores (frente a lo cual Núñez esgrime diversas razones que justifican que en dicho proceso solo cabe la rehabilitación de la de ambos); otra, que cuando el promotor es uno de los padres, debe llamarse al proceso al otro (lo que, en su misma opinión, solo sería viable como un supuesto de intervención adhesiva simple).

La STC 154/2002, de 18 de julio, es comentada por Camino Sanción Asurmendi, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Oviedo. El fallo analiza la libertad religiosa, en particular en relación con el consentimiento de los tratamientos médicos en menores de edad. Se trata del conocido caso en el que los padres de un menor de 13 años que falleció por no recibir a tiempo una transfusión de sangre (todos ellos testigos de Jehová), habiendo sido condenados penalmente, recurrieron en amparo al TC; este consideró vulnerado el derecho a la libertad religiosa de los padres y estimó el recurso. El comentario examina en primer término la doctrina constitucional sobre el derecho a la libertad religiosa, tanto por lo que se refiere a la debida posición de los poderes públicos al respecto (neutralidad y relaciones de cooperación del Estado con las confesiones religiosas), como a su configuración como derecho fundamental de las personas físicas (con su doble dimensión, interna o de autodeterminación intelectual y reserva íntima, y externa o de *agere licere* e inmunidad de coacción). La segunda parte del

comentario incide en la cuestión del consentimiento a las intervenciones médicas; respecto de la capacidad del menor, aborda la diferenciación, originaria de Inglaterra, entre el consentimiento a un tratamiento (que un menor maduro puede dar) y la oposición al mismo (oposición a la que se entiende que, en casos graves, debería imponerse el criterio de padres o jueces); de hecho, la sentencia comentada negó que el menor tuviera capacidad suficiente para rechazar el tratamiento salvador, al tiempo que refrendó la legitimidad del juez para autorizarlo contra la voluntad de padres e hijo; ahora bien, a juicio del TC, la posición de garantes de los padres no les obligaba, en el caso, ni a persuadir al hijo a someterse a la transfusión ni a autorizarla, ya que ambas cosas eran radicalmente contrarias a sus convicciones religiosas.

Margarita Castilla Barea, Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Cádiz, analiza dos sentencias del TC –290/2000 y 292/2000, ambas de 30 de noviembre– que reconocen un nuevo y autónomo derecho fundamental a la protección de datos personales o derecho a la libertad informática. El comentario da cuenta de la calificación de este como derecho fundamental «de configuración legal» al tiempo que «de creación jurisprudencial», habida cuenta que la CE ni lo define ni lo perfila, por lo que ha sido el TC el que lo ha hecho sobre la base de la regulación contenida en la LOPD. La profesora Castilla pone asimismo de manifiesto el entronque de ambas sentencias con otras previas, que arrancan de 1993 y ya operan sobre la base de la existencia del mencionado derecho. De este modo, la autora observa que las sentencias comentadas reafirman la doctrina anterior sobre el concepto y contenido del derecho a la libertad informática y expone sus límites y fundamento constitucional a la vista de las sentencias comentadas. Dedicar particular atención al tema del deslinde entre este derecho y el derecho a la intimidad, que la STC 292/2000 traza atendiendo a las distintas funciones, objeto y contenido de ambos; aunque la autora entiende que ese deslinde quizá pudiera superarse mediante la definición de un único derecho más amplio, reconoce no obstante las diversas ventajas que se derivan de la actual doctrina jurisprudencial, no sin aconsejar una reforma de la CE para incorporar a ella dicha doctrina. El comentario se cierra con el análisis de varias sentencias recientes del TC que evidencian la consolidación del derecho a la protección de datos.

La STC 181/2000, de 29 de junio, hubo de pronunciarse sobre la constitucionalidad del sistema de valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación, incorporado como Anexo a la LRCSCVM por la Ley 30/1995. La introducción de este baremo provocó muchas dudas en doctrina y tribunales acerca de su constitucionalidad y la sentencia comentada resolvió varias cuestiones de constitucionalidad que fueron acumuladas en un solo procedimiento. Ignacio Gallego Domínguez, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Córdoba, inicia su análisis de la sentencia dando cuenta de ello, de la situación previa a la aprobación del baremo, sus principales notas y su fuerza expansiva. Después expone el contenido de las cuestiones de constitucionalidad acumuladas y del fallo del TC; el TC, aparte de pronunciarse sobre el ámbito de aplicación del baremo y su carácter vinculante, entiende que el baremo en su conjunto es conforme a la CE, pero que no lo es el cálculo de los «perjuicios económicos» en caso de incapacidades temporales cuando el accidente se produce con «culpa relevante» del conductor. El profesor Gallego valora positivamente la validación general del sistema; también el rechazo al sistema de valoración de los perjuicios económicos; pero en este último punto critica que no se aplique la misma doctrina

a los casos de fallecimiento y lesiones permanentes (no solo a las incapacidades temporales) y la falta de claridad en cuanto al tipo de culpa («relevante») del conductor que es precisa para que no se aplique el baremo. Como apunta el profesor Gallego, el baremo del nuevo TRLRCSVM de 2004 plasmó la doctrina de esta sentencia del TC. Sin embargo, ya al cerrarse el comentario era inminente una reforma del sistema, que finalmente se ha llevado a cabo por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

La STC 141/2000, de 29 de mayo, es una de las resoluciones en que el TC se ocupa del principio del interés superior del menor; partiendo de ella y valiéndose de un amplio repertorio de fallos del TC, Miguel Ángel Pérez Álvarez, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de La Coruña, sintetiza la función de dicho principio respecto de las resoluciones que responden a una valoración judicial previa del interés del menor en el caso concreto. Teniendo en cuenta la forma de proceder del TC, el autor observa que en esta materia se parte de que la concreción de ese interés en el caso concreto compete a los órganos judiciales, de modo que el TC no puede revisarla (principio de neutralidad del TC). En cambio, sí le compete controlar el modo en que se ha llevado a cabo la valoración judicial del interés del menor y si se han respetado en dicha tarea los arts. 14 a 29 CE; así, la fundamentación del interés del menor debe ser razonada (conforme a un canon de especial exigencia), motivada y fundada, idea cuyas implicaciones en la doctrina constitucional (cuando hay discrepancias entre las distintas instancias judiciales, o el tiempo transcurrido incide en las circunstancias determinantes de la valoración o un déficit de motivación es subsanado por la instancia superior) desarrolla el autor; asimismo analiza la aplicación de este control en relación con los derechos fundamentales, tanto del menor (derecho a ser oído, derecho a la integridad física y moral, necesaria intervención del Ministerio Fiscal y legitimación activa del propio menor para defender sus intereses) como de los afectados por la valoración del interés del menor (conforme a las exigencias que derivan de los arts. 24.1 y 14 CE).

Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada, comenta la STC 61/1997, de 20 de marzo, que resolvió varios recursos de constitucionalidad acumulados contra las Leyes de Suelo de 1990 y 1992. Considerada como una de las sentencias decisivas para comprender la propiedad inmobiliaria a la luz de la CE, la misma aborda la cuestión de los títulos competenciales en esta materia y entra en el contenido de la propiedad urbana; aunque en su momento fue muy criticada, el profesor Albiez persigue con su comentario demostrar que el TC no erró en los temas más candentes. A tal fin analiza en primer lugar las cuestiones competenciales que suscitaron las Leyes de Suelo y explica las reglas de juego que según la sentencia deben seguir Estado y CCAA: así, que el art. 149.1.8.^a CE no es base exclusiva para la regulación estatal de la propiedad del suelo; que la regla competencial básica a tal efecto es el art. 149.1.1.^a CE, del que resultan materias relacionadas con esa propiedad que son competencia exclusiva estatal; y que el Estado no puede invadir las competencias que ostentan las CCAA en materia de ordenación territorial y urbanismo *ex* art. 148.1.3.^a CE. En segundo lugar analiza el profesor Albiez la postura del TC en el sentido de que el Estado no puede crear Derecho supletorio en las materias en las que las CCAA tienen competencia exclusiva o compartida con el Estado. Por último, expone la influencia que la sentencia comentada ha tenido en el Derecho urbanístico posterior y en otros fallos del TC, destacando que la actual situación, con diecisiete ordenamientos autonómicos y una falta de homoge-

neidad en materia de ordenación territorial y urbanismo nada positiva, no es efecto de la doctrina del TC sino de nuestra propia Constitución.

José Luis Moreu Ballonga, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, cierra la obra con los comentarios a dos sentencias sobre temáticas que ya había analizado ampliamente en trabajos previos. La primera es la STC 149/1991, de 4 de julio, y versa sobre la constitucionalidad de la Ley de Costas (LC) de 1988, si bien el comentario se centra únicamente en la cuestión de los límites constitucionales para el legislador ordinario respecto a la propiedad privada. Explica el prof. Moreu que la citada Ley amplió sustancialmente el dominio público marítimo terrestre (DPMT) y la zona marítimo terrestre, incorporando un complejo régimen transitorio para clarificar la situación de los enclaves de propiedad privada en el DPMT; en él se optó por recuperar dichos enclaves para el DPMT mediante la conversión legal de los derechos de propiedad privada en derechos concesionales temporales y sin canon. El análisis se centra precisamente en la publicación de la propiedad privada realizada por ley y sin indemnización, critica la tesis mayoritaria y «ortodoxa» que sostiene su inconstitucionalidad a la luz del art. 33.3 CE y defiende la tesis «heterodoxa» de que la misma no está totalmente excluida por la CE; para Moreu, la sentencia comentada acoge en el fondo la segunda tesis porque concluye que una ley que transforma la propiedad privada en una concesión administrativa no tiene por qué ser necesariamente inconstitucional (y entiende que no lo es la previsión de la LC de 1988 al respecto); Moreu considera por ello acertada la conclusión general de la STC, no así su argumentación; en su opinión, el art. 33.3 CE no contempla directamente las expropiaciones legislativas y la atribución legal de una concesión nunca puede ser la indemnización por una genuina expropiación sobre el mismo bien. La LC de 1988 fue modificada por la Ley 2/2013 y por Decreto 876/2014 se aprobó el Reglamento General de la LC: Moreu examina en este punto cómo han afectado ambos textos al régimen transitorio de la LC de 1988 y a la situación de los antiguos enclaves de propiedad privada, concluyendo que la Ley de 2013 acepta también implícitamente el criterio heterodoxo antes expuesto, al mantener la nacionalización sin verdadera indemnización que hizo la LC de 1988 de los referidos enclaves. El estudio se cierra con una referencia a diversas normas supranacionales, vinculantes para España, que dificultan la interpretación «heterodoxa» y con una severa crítica a la defectuosa técnica legislativa de las dos leyes de costas de 1988 y 2013, que potencian la conflictividad en esta materia.

La segunda sentencia analizada por el prof. Moreu es la STC 227/1988, de 29 de noviembre, a propósito de la Ley de Aguas (LA) de 1985. El comentario se ciñe a aquella parte del fallo que se refiere a la constitucionalidad de la publicación intensificada de las aguas privadas. Comienza presentando el panorama de la regulación de 1985 en esta materia, que considera muy defectuosa tanto por el contenido de las normas sobre las aguas privadas como por el desacierto de dar a los dueños de aguas privadas la opción legal de que estas se dominializasen o no a largo plazo. Centrándose ya en el contenido de la sentencia comentada, Moreu destaca, primero, su falta de claridad acerca de si la propiedad privada del agua es o no una verdadera propiedad privada. A continuación examina la doctrina del TC sobre la parcial publicación diferida de ciertas aguas privadas realizada por la LA de 1985; coincide con la sentencia comentada en que tal publicación no es inconstitucional, sostiene que para justificarlo bastaba con afirmar que a esa cuestión no le es aplicable por analogía el art. 33.3 CE y critica en particular la argumentación

que utiliza el TC para defender la constitucionalidad del apartado 3.º de las DDTT 2.ª y 3.ª de la LA de 1985 (que conduce a lo que se ha venido a denominar una «congelación» del derecho de propiedad privada). Completado el estudio de la sentencia en la parte que interesa para su comentario, el prof. Moreu termina dando cuenta de los duros golpes que a la propiedad privada del agua han venido a infligir normativas recientes: de un lado, la DT 2.ª de la Ley 10/2001; de otro, la Ley 11/2012, que reforma las DDTT 2.ª y 3.ª del TRLA de 2001 ampliando su extensión, sin tener en cuenta la crítica mayoritaria de la doctrina a la norma que contienen, norma que, además y según apunta el mismo autor, parece contradecir los postulados de la Carta de Niza.

3. Lo dicho hasta ahora y el sucinto resumen que acabo de hacer de los contenidos abordados por las sentencias seleccionadas y sus respectivos comentarios puede dar al lector una idea del valor y la indudable utilidad de la obra objeto de recensión para todo aquel que quiera conocer la doctrina del TC sobre diversas cuestiones de trascendencia civil de la mayor relevancia y que, además, quiera hacerlo desde la óptica de un análisis crítico.

Es cierto que, quizá, pudieran echarse de menos algunos fallos del TC que afectan a materias civiles; pensemos, por ejemplo, en las dictadas a propósito de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen y su posible conflicto con la libertad de información o la libertad de expresión, o en las relativas al llamado derecho al olvido en relación con el derecho a la autodeterminación informativa o al impacto de los derechos lingüísticos en el tráfico jurídico privado. No hay en la obra un prólogo que explique su planteamiento general o los criterios seguidos para seleccionar las sentencias analizadas, aunque sí se indica en la contraportada del volumen que se han elegido las que por su interés doctrinal o práctico se han considerado especialmente interesantes para la comprensión actual del Derecho civil. Y, sin duda, las recopiladas son idóneas para este fin, sin perjuicio de que quizá en una futura publicación pudieran recogerse otras. En definitiva, no cabe sino concluir subrayando el valor de una obra como la que aquí se presenta, que tiene la virtud de llevar a cabo un trabajo de agrupación y comentario de sentencias trascendentales del TC en materia civil, tarea que, como se apunta también en la contraportada, no se había abordado antes entre nosotros.

Esther GÓMEZ CALLE
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

TENA PIAZUELO, Isaac: *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda (Doctrina y jurisprudencia)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, 267 pp.

1. En relación con el deber legal de alimentos entre parientes, basado según la concepción tradicional en el primordial derecho a la vida¹, a diferen-

¹ Analizando la naturaleza del deber general de alimentos el TS ha declarado reiteradamente que la deuda surgida entre parientes está basada en lazos de solidaridad familiar, que tienen su fundamento en el derecho a la vida configurado como un derecho de la personalidad (SS. de 8 marzo 1962, 13 abril 1991 y 23 febrero 2000); y también la STC 14

cia de otros códigos europeos, fue un acierto del legislador de 1889 el hecho de radicar en el Tít. VI, Libro I, del Cc su régimen básico, y ello sin perjuicio de dispersar y especificar luego su regulación en otras instituciones, fundamentalmente familiares y contractuales, remitiéndose a ellas en su precepto de cierre, el art. 153. La profunda reforma del Libro I, operada primero con carácter directo en aplicación de la CE, y luego transversal, materializado en el *tsunami* legislativo de 2015, –aun no cerrado en aras del derecho temporal y transitorio–, a más de un siglo de distancia, están poniendo a prueba lo acertado de aquellas iniciales previsiones, singularmente en orden a los alimentos a los hijos, facilitando algunas respuestas, o nuevos interrogantes, a no pocas cuestiones que el cambio y la crisis económico-social están planteando hoy –acuciantemente– al familiarista y al jurista en general, a la hora de aplicarlos en el siglo XXI.

Séame permitido traer a colación un aforismo galo que recogió Loysel en el siglo XVIII: *Qui fait l'enfant le doit nourrir*, y cuya actualidad parece evidente. Su significado jurídico reposa, a mi juicio, no tanto en el verbo *alimentar*, cuanto en el *deber* que recae primordialmente sobre los progenitores; y ello lo mismo si están casados entre sí como si no lo están, pues el aforismo no lo especifica. Deduzco, en consecuencia, la primacía teórica o doctrinal de la relación parental sobre la conyugal en esta materia, para analizar en profundidad esa vaga «solidaridad familiar» en que actualmente suele basarse, –un tanto superficialmente (la socorrida *soft law*)–, el deber alimenticio de los menores.

Quien como el autor trate de investigar a fondo el tema elegido, advirtiendo sus extensas ramificaciones a lo largo y ancho del Cc, ha de plantearse ineludiblemente serios interrogantes: ¿Son sustancialmente diversos los alimentos entre padres e hijos que contemplaron con carácter recíproco –y siguen rigiendo cualquiera sea su edad– entre aquéllos los arts. 142-153 Cc, y los que se regulan separadamente o meramente aluden, con mayor o menor minuciosidad y alcance, en los arts. 68, 90, 91, 92, 93, 103, 111, 154, 155, 158-1.º, 165, 171, 173.1, 186, 269-1.º, 275, 756-7.º, 853-1.ª, 854-2.ª, 887-4.º, 964, 1041, 1042, 1791, etc. todos ellos del Cc? Esta larga lista de preceptos, ¿son, más bien, desarrollo particular de una regla general, o, acaso, regímenes especiales o excepcionales, respecto del primero?, y, en tales supuestos, hay alguna homogeneidad que permita eventualmente intercambiar preceptos entre sí, incluso en ausencia de norma remisiva? ¿qué decir del régimen procesal aplicable en cada caso después de la reforma de Lec. 2000?; además: a partir de la CE de 1978 ¿las prestaciones sociales del Estado del bienestar pueden llegar a reemplazar y sustituir, o, al menos, completar los deberes legales de alimentos? Ni que decir tiene que la problemática se aligeraría o difuminaría en buena parte si el legislador hubiera utilizado el sistema –vigente en otros ordenamientos– de establecer un estricto sistema de baremos obligatorios que fijen las cuantías de los alimentos, a tenor de una serie de circunstancias personales más o menos perfiladas en la norma reglamentaria. Método de determinación que, de momento y pese a algunos intentos (como el protagonizado por el Consejo General del Poder Judicial en julio 2013), no parece se haya impuesto imperativamente entre nosotros. Por otra parte, si con ánimo simplificador se insiste en el último fundamento de la deuda legal alimenticia, cabría llamar la atención sobre el deber que recae sobre todos y cada uno de los ciudadanos españoles respecto de quien en un

marzo 2005 corrobora que ha de facilitarse el sustento básico para salvaguardar la vida del alimentista, no reduciéndose a la mera subsistencia.

momento determinado ve amenazada de modo inminente su vida y la de los suyos, situación de la que, en cierto modo, parece un trasunto normativo del art. 1894 párr. 1.º Cc. En efecto ¿quién no experimenta sentimientos de piedad ante quien absolutamente carece de toda clase de bienes para sustentarse él y su familia, *hic et nunc*? Lo lógico es que espontáneamente, el ciudadano interpelado, trate de socorrerlos con sus propios medios o acudiendo inmediatamente a centros especializados en la asistencia a tales personas. Si actuase así, creo que estaría cumpliendo un *deber jurídico* que en la práctica limita, por un lado, con preceptos expresos del Código penal y por otro con el grave problema social de la mendicidad organizada que hemos convenido socialmente sea de competencia municipal. En tal caso parece correcto disponer en el Cc que el benefactor no puede reintegrarse de los familiares obligados, pues también lo está él mismo. Cabe, sin embargo, que haya actuado remediando en lo posible la acuciante necesidad pero no creyéndose obligado a hacerlo, en cuyo caso el precepto le concede acción para reclamarlos, y el Juez decidirá si, en efecto, se ha limitado simplemente a sustituir a otra persona legalmente obligada o si también era deber suyo. En caso afirmativo, ¿por qué no aparecen esos *extraños* en la lista del art. 142? A mi juicio, por la elemental razón de no ser un pariente en los grados contemplados en la misma norma, y resultar extraordinariamente complejo estructurar una obligación legal respecto de esa legión de ciudadanos no parientes. Adviértase que si el benefactor ignorase por cualquier causa la identidad del necesitado (por ej. se trataba de un ascendiente suyo que emigró cuando aquél no había nacido), no podrá eludir el cumplimiento de su deber codicial. Bajo esta perspectiva cabría sostener que los hijos de matrimonios rotos vienen a ser un supuesto más de los incluidos entre quienes están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión legal, a que se refiere el art. 142, núm. 2.º, a saber, el grupo de *los ascendientes y descendientes*. Pero ¿bastarían estas consideraciones para resolver los interrogantes planteados? El presente libro viene a representar una fundada respuesta.

2. La estructura de la obra recensionada es sencilla pues consta de cuatro capítulos cuyo enunciado es el siguiente: Cap. I. Alimentos de los hijos tras la ruptura de pareja: su contexto en el Derecho español. Cap. II. La obligación alimentaria y sus especies. Cap. III. La pensión de alimentos para los hijos. Cap. IV. Prestaciones adicionales al pago de alimentos. Los gastos. La vivienda.

La especialización del autor en temas familiares² le permite aportar una completa bibliografía exclusivamente española³, que incluye también la de las CCAA con Derecho civil especial propio (sobre todo aragonesa, catalana y navarra), así como el Derecho Internacional privado y el Comunitario, en su caso. Es notable la numerosa jurisprudencia citada perteneciente a todos los niveles judiciales.

² Cabe mencionar en particular:

La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial, Centro de Estudios Registrales, Madrid 2000.

«Cabeza de familia y lo que trae a la familia de cabeza: Consideraciones sobre las recientes reformas del Derecho de Familia español», en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Civitas Cizur Mayor (Navarra), 2010, pp. 961-997.

Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿Niños «de primera»?», en Aranzadi Civil-Mercantil, 1/2011, pp. 79-98.

«La nueva familia y el nuevo Derecho de familia español», en *Revista Nuevo Derecho*, Institución Universitaria de Envigado (Colombia), 8/2011, pp. 79-89.

³ *Op. recensionada*, pp. 257-267.

Al centrar el objeto de su estudio y explicar la evolución de nuestro ordenamiento observa acertadamente que el Derecho anterior a la CE resulta ya casi como algo extraño o exótico al contemplarse desde la actualidad. Además la realidad de las últimas décadas impone la evidencia de que determinados ámbitos en los que desde siempre han imperado los principios de orden público, se van abriendo progresivamente a la autonomía de la voluntad de los particulares, también en cuanto a las relaciones de pareja (así para regular la guarda sobre los hijos o las consecuencias de la ruptura). La obra se limita, en consecuencia, a las *parejas casadas* dada la ausencia en nuestro ordenamiento de una ley de aplicación general sobre parejas de hecho, siendo imposible analizar un verdadero sistema unitario dada la profusión y variedad de normativas autonómicas que existen. En relación con la ruptura del matrimonio, el complejo sistema instaurado en 1981 vino atenuándose al admitir gradualmente como causa legal de separación la desaparición de la *affectio coniugalis*, hasta que la reforma de 2005 ha eliminado la necesidad de alegar y probar la causa de la ruptura [confirmando así la regla derivada de la experiencia europea de que *el divorcio engendra divorcio*]. En adelante, pasados tres meses desde la celebración del matrimonio se podrá solicitar el divorcio o la separación y ésta ya no será un trámite necesario para instar aquél [Además las reformas transversales de 2015 autorizan a divorciarse ante el Notario en ciertos casos, lo que probablemente ha venido a alterar –consciente o inconscientemente– la tradicional naturaleza jurídica de la ruptura conyugal]. Sociológicamente el autor aporta estadísticas oficiales que muestran un crecimiento casi constante del índice de divorcialidad unido a un notable descenso del de nupcialidad, colocándonos en estas materias socialmente sensibles, en los primeros puestos en el ranking europeo. El autor subraya que a los poderes públicos les interesa lograr una más efectiva protección de los miembros de las familias *rotas* pues ello redundaría en la estabilidad y la paz social⁴, de acuerdo con los postulados del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.º CE) que impone a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y los diversos tratados y acuerdos internacionales firmados por España (art. 10), últimamente sobre menores, adopción y discapacitados, situación normativa que la profunda crisis económica que padecemos está poniendo a prueba.

3. Previamente al desarrollo del tema se expone sucintamente el tratamiento, sustantivo y procesal, de las crisis de pareja, ocupándose de los casos de nulidad, separación o divorcio y sus efectos comunes, distinguiendo los efectos previos a la demanda, los provisionales y los posteriores. Si bien corresponde a los propios cónyuges la inicial determinación de las medidas en el denominado convenio regulador, pero al mismo tiempo se encomienda al Juez la fundamental tarea de supervisar y homologar los acuerdos de aquéllos, por lo cual su función puede calificarse de preponderante (art. 91 Cc), y ello autoriza a diferenciar las medidas convencionales y las judiciales, con predominio de estas últimas. Sobre este conjunto normativo se proyecta el análisis de la obligación alimenticia en general.

4. Hay que reconocer con el autor que, pese al carácter bastante extenso de la noción legal de alimentos en el art. 142, la jurisprudencia lo ha ampliado al tratar de los debidos en caso de ruptura matrimonial, refiriéndose al nivel de vida del beneficiario, o cuándo ha de considerarse concluida la formación del alimentista mayor de edad, o la diferencia entre la posibilidad legal de desempeñar cual-

⁴ *Op. cit.* p. 27.

quier trabajo y el adecuado a las circunstancias, expectativas y preparación del alimentista, o la evanescente situación en que el mayor no ha terminado su formación por causa que no le sea imputable. Parece evidente que el mencionado inciso del 142 pár. 2.º postula unas referencias que el precepto no proporciona, y que el art. 3.º¹ alude a una realidad social caracterizada por una crisis económica que ha distorsionado el mercado laboral⁵.

En cuanto a su fundamento positivo genérico el autor entiende que puede justificarse recurriendo al principio, no explicitado jurídicamente, de la solidaridad familiar. Entroncándolo, a nivel internacional, con el art. 25 de la DDH de 1948 y con el art. 27 de la Convención de los Derechos del Menor de 1989. En cualquier caso presenta un carácter relativo pues debe ponderarse a tenor de un conjunto de circunstancias variables, tales como la situación de necesidad del alimentista, o las posibilidades del alimentante, cuestiones de hecho sometidas a la apreciación de los tribunales de instancia, susceptibles de casación en casos más bien excepcionales (SSTS de 5 octubre 1993, 3 diciembre 1996 y 12 septiembre 2005). A lo largo de las variadas épocas en que ha estado en vigor ha recibido una consideración social diferente, y así tradicionalmente ha podido considerarse como una prestación genuinamente familiar, derivada de vínculos de parentesco, perteneciendo al ámbito del Derecho privado; pero ello no puede entenderse del mismo modo cuando están en vigor el *Estado social de derecho*, o el *Estado del Bienestar*, o el *Estado Benefactor* etc. caracterizados por la dedicación de recursos públicos que se dispensan en términos de gratuidad a todos los ciudadanos, en ámbitos como la sanidad, la educación, el paro, ayuda a la marginalidad, en el momento de la jubilación, al llegar a la tercera [¿«cuarta» o «quinta»?] edad⁶... Haciéndose eco de la doctrina común escribe que aunque la pensión alimenticia tiene un contenido o carácter patrimonial, siendo una deuda de valor, se trata de un derecho personalísimo que pertenece exclusivamente a quienes en virtud de la previsión legal tienen derecho a recibirla, sin que pueda transmitirse a otros, es inembargable, y se extingue tanto por muerte del alimentante como del alimentista; es indisponible, insusceptible de transacción o renuncia [¿y, por tanto, en principio de no ser objeto de mediación?], ni de compensación; imprescriptible, aunque no se reclame inmediatamente, y además las pensiones vencidas y no satisfechas están sujetas a la prescripción quinquenal (art. 1966, 1.º).

5. Bajo el enunciado de *Alimentos de los hijos menores*, entra directamente en materia intentando antes dejar aclarados ciertos conceptos básicos. Mediante la distinción: alimentos entre parientes y alimentos para hijos, el autor plantea si estamos ante regímenes diversos, advirtiendo que el art. 93 contiene normas distintas con relación a dos supuestos de hecho explícitos en el texto legal. El pár. 1.º referido a los hijos en potestad, todavía no emancipados, por lo cual los alimentos allí aludidos deben interpretarse conforme a los arts. 154 y ss. Cc, de suerte que el régimen jurídico de esta modalidad goza de mayor amplitud y preferencia que el que corresponde en general a

⁵ Cita la SAP de A Coruña (sec. 3.ª) de 4 julio 2014, que si bien descarta el *parasitismo social* aludido y excluido por STS de 1 marzo 2001, hace notar que tal doctrina no puede establecerse como doctrina legal e inmutable que una persona que ha finalizado estudios universitarios, con buena salud y ha cumplido 30 años, no tendrá nunca derecho a alimentos, pues la situación económica en el año 2001 y en el año 2013 no son idénticas, ni comparables. El autor afirma categóricamente: *La ayuda solidaria entre parientes que recoge la obligación de alimentos no está condicionada a la edad, pues ningún precepto del Cc establece un límite de edad (op. cit. p. 45).*

⁶ *Op. cit.* pp. 54-56 y notas 23, 24 y 25.

los alimentos entre parientes. Estos responden al concepto de necesidad y al principio de solidaridad familiar. Los alimentos debidos a los hijos tienen su fundamento en la filiación (art. 110), están contenidos en la patria potestad (art. 154), se fundamentan en el art. 39 CE y en numerosos Convenios internacionales, y deben satisfacerse con la proporcionalidad que refiere el art. 146. Con base en la opinión de Ana Cañizares Laso⁷ entiende que, jurisprudencialmente, se ha ampliado su concepto, normalizándose la obligación alimenticia que corresponde durante la patria potestad a los progenitores, considerándose prolongada al llegar a la mayoría de edad la obligación de educación para que el hijo entre con mejor preparación en el mercado laboral (STS de 28 noviembre 2003). Concluye que estamos ante sendos regímenes del derecho de alimentos que podrían deberse a la diferencia que existe entre lo general y lo especial, o bien del hecho de derivarse de un proceso matrimonial especial en el segundo supuesto (circunstancia que no se da cuando los progenitores no están casados), optando por concluir que deriva de la naturaleza específica de la obligación del alimentante⁸. Sistematiza así sus diferencias generales: En cuanto a los menores, sus derechos alimenticios subsisten sin que sea preciso acreditar la necesidad de alimentos y tienen una mayor extensión pues se pretende –más allá de la supervivencia– salvaguardar el nivel de vida de que disfrutaba el acreedor; en cuanto a los mayores y emancipados no basta la simple presunción sino que debe concurrir y acreditarse el presupuesto de necesitarlos, y su extensión se limita al art. 142, pudiendo el deudor cumplir con su deber recibiendo y manteniendo en su propia casa a los hijos mayores o emancipados, posibilidad bastante reducida en el caso de los menores dadas las especiales limitaciones del art. 149 párr. 2.º La actualización de las pensiones para los menores puede realizarse incluso de oficio (art. 93), sin que esté prevista disponerla así para mayores y emancipados. Si concurren hijos menores con otros beneficiarios del derecho de alimentos, los primeros tendrán preferencia (arts. 144 y 145). En cuanto a la extinción de la pensión alimenticia de los mayores hay una jurisprudencia extensiva que requiere, no sólo ostentar una titulación adecuada, sino la efectiva obtención de ingresos por el alimentista (así STS de 8 noviembre 2012).

6. Con los anteriores prolegómenos acomete el autor el núcleo fundamental de su obra, con una estructura conceptual propia bien trabajada, provisto de una bibliografía exhaustiva y un minucioso y crítico conocimiento de la jurisprudencia más oportuna y reciente, tanto de los tribunales inferiores como de las instancias superiores, pudiéndose afirmar que ha acertado a diseccionar ejemplarmente esa especialísima situación de los hijos después de la ruptura en relación con la prestación alimenticia correspondiente a los mismos. Comienza refiriéndose al régimen del Cc, con tratamiento posterior del Derecho catalán, aragonés y navarro (en ocasiones con soluciones más acertadas que las del Cc, y sin que el autor haya podido tener en cuenta la reciente declaración de inconstitucionalidad del régimen valenciano), que se completa con el DIP y el Derecho comunitario (Reglamento[CE] 4/2009).

Bajo el régimen vigente en los territorios de Derecho común expone los aspectos subjetivos y objetivos de la prestación alimenticia. En primer térmi-

⁷ Ana CAÑIZARES LASO, en «Obligaciones familiares básicas», en el vol. *Derecho de Familia* (coord. Gemma Díez-Picazo Giménez), Cizur Menor, 2012, pp. 152-154.

⁸ Aplaude, sin embargo, la búsqueda de equilibrio que protagoniza la STS de 27 noviembre 2013, recogiendo doctrina de la STC 57/2005, de 14 de marzo, dirigida a admitir cierta compatibilidad entre ambas figuras alimenticias.

no los acreedores (menores, mayores, discapacitados), y luego los deudores de la pensión, con especial referencia a las diversas modalidades de guarda, singularmente la conjunta. Los elementos objetivos son, en la práctica los que originan mayor litigiosidad, de modo que el tratamiento que se le dispensa es el más minucioso (determinación y principio de proporcionalidad, el denominado «mínimo vital», el complejo procedimiento para fijar su cuantía, los supuesto de actualización, modificación y extinción, la alteración sustancial de circunstancias, el momento y las modalidades del pago). Personalmente destacaría el tratamiento del tema en los casos de guarda conjunta, el sistema de «tablas» o baremos cuyas ventajas e inconvenientes estudia detenidamente, y la reducción de la pensión por supervivencia de hijos. En algunos casos hay lamentables omisiones legales, en otras discrepancias doctrinales, y con demasiada frecuencia jurisprudencia contradictoria. De aquí la utilidad de encontrar en cada supuesto respuestas bien argumentadas.

7. Me permito calificar de original, no exento de audacia, el contenido del último cap. dedicado a las prestaciones adicionales al pago de alimentos, que el autor elabora con un mínimo de aporte bibliográfico –por la razón elemental de ser escasa entre nosotros– y una estructura conceptual propia enhebrada con amplios comentarios jurisprudenciales de extraordinario interés práctico. Así puede comprobarse con la noción de los gastos extraordinarios, poseyendo los caracteres de inhabitabilidad e imprevisibilidad, siendo relativa, en cambio, la importancia de su cuantía; o con el grave problema de su reparto y de su individualización caso por caso; en particular, el autor se detiene en el análisis de los gastos educativos no públicos (de refuerzo, de actividades extraescolares, etc.) o la posibilidad o no de optar por estudios universitarios privados cuando se programan también en la pública. El autor no ha vacilado en pronunciarse sobre materias colindantes relacionadas con el régimen matrimonial primario al tratar, por ejemplo, de los gastos de mantenimiento, conservación o uso del domicilio que el juez atribuye a uno de los cónyuges con hijos menores o mayores (una cosa es que haya subrogación en el arrendamiento y otra que corra a su cargo el pago de la renta). Hay también cuidada referencia a los regímenes especiales⁹. Singular interés práctico ofrece el apartado relativo a las formas de garantía del cumplimiento de las obligaciones alimentarias, expresado inicialmente en el RD 1618/2007, de 7 de diciembre, con antecedente en la Ley 15/2005, de 8 de julio, considerándolo medida legislativa acertada, aunque ha recibido algunas críticas doctrinales. Con mayor presión pueden actuar las normas penales contenidas en el art. 227 Código penal respecto del cual se aporta reciente jurisprudencia.

8. La obra recensada constituye un buen ejemplo de reelaboración de instituciones familiares clásicas o tradicionales a la vista de la nueva realidad social a que han de aplicarse. Tarea difícil porque *familiam semper reformandam est* –latiguillo a veces equívoco y desorientador–, y por la inestabilidad de la doctrina y, obviamente, de la jurisprudencia. Cabe decir que el autor ha trabajado por alumbrar lealmente criterios sólidos que mayoritariamente serán compartidos.

Gabriel GARCÍA CANTERO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

⁹ *Op. cit.* 237-246, debiendo hacerse idéntica indicación respecto al Derecho familiar de Valencia.

Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.– II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Contratos mercantiles.– III. *Derecho concursal*.– IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.– V. *Derecho de la Unión Europea*.– VI. *Derecho procesal*.– Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

- ALDANONDO SALAVERRÍA, Isabel: «Fanatismo religioso iconoclasta: la destrucción de los budas de Bamiyán», en *AFDUAM*, núm. 19, 2015, pp. 421 ss.
- BARRAL VIÑALS, Inmaculada: «Tecnología y conflictos en la era de internet: la utilidad de las *Online Dispute Resolution*», en *RJC*, núm. 1, 2016, pp. 45 ss.
- DOMÉNECH PASCUA, Gabriel: «Que innoven ellos», en *Indret*, núm. 1, 2016.
- DYSON, Matthew: «Respuestas del Derecho civil a las sentencias penales en Inglaterra y España», en *Indret*, núm. 3, 2015.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos: «¿Nuevos derroteros del Derecho internacional privado?: El caso de la normativa estatal americana prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero por sus tribunales y autoridades», en *Indret*, núm. 2, 2015.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «Sobre la anulación de un laudo por aplicación de la cláusula de orden público. Comentario de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 30/2015, de 14 de abril», en *RJC*, núm. 4, 2015, pp. 1003 ss.
- LARSEN, Pablo: «Entre la estética intelectual, el arbitrio de los jueces y la seguridad jurídica», en *Indret*, núm. 3, 2015.
- ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual: «Panorama de los medios alternativos de resolución de controversias, y su impacto en la modernización de la justicia», en *RJC*, núm. 1, 2016, pp. 33 ss.

- PACHECO CAÑETE, Matilde: «Análisis del proceso recodificador en la República Federal de Brasil», en *RGLJ*, núm. 4, 2015, pp. 655 ss.
- RIVERA GARCÍA, César: «Anulación de laudos por vulneración del orden público. Comentario a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sentada en asuntos sobre permutas financieras», en *RJC*, núm. 4, 2015, pp. 1017 ss.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: «Igualdad y autonomía», en *AFDUAM*, núm. 19, 2015, pp. 21 ss.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, y SATORRA, Albert: «Probabilidad, estadística, grandes bases de datos y abogacía», en *Indret*, núm. 1, 2016.
- VIDAL MARÍN, Tomás: «Regeneración democrática e iniciativa legislativa popular», en *Indret*, núm. 2, 2015.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- BATUECAS CALETRÍO, Alfredo: «Intimidad personal, protección de datos personales y geolocalización», en *DPC*, núm. 29, 2015, pp. 47 ss.
- BELTRÁN CASTELLANOS, José Miguel: «El derecho al olvido: regulación e incidencia en las administraciones públicas», en *RDNT*, núm. 39, 2015, pp. 151 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia de 12 de noviembre de 2015. Diferencia entre las excepciones o limitaciones a la propiedad intelectual establecidas en el apartado a) (excepción de reprografía) y en el apartado b) (excepción de copia privada) del artículo 5.2 de la Directiva 2001/29/CE, y consecuencia de la misma sobre la compensación equitativa que corresponde a una y a otra. Cuantificación de la compensación equitativa correspondiente a ambas excepciones. Reparto de la misma entre los titulares de derechos y los editores... », en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 643 ss.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Consecuente ineficacia del contrato de financiación en caso de ineficacia del contrato -financiado- de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico: ¿un efecto del principio de protección de los consumidores o, más bien, del de accesividad?: Comentario a la STS de 28 de abril 2015 (RJ 2015, 1553)», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 223 ss.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «Sentencia de 12 de mayo de 2015. Para cuantificar la indemnización por daño moral derivado de una intromisión ilegítima en el honor, se han de tener en cuenta los criterios establecidos en el art. 9.3 L. O. 1/1982; en particular, para el caso de una lesión en el derecho al honor derivada de la indebida inclusión de los datos personales en un registro de morosos, el prolongado tiempo durante el que estuvieron y la consulta de los mismos por parte de terceras entidades», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 357 ss.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «La situación actual de las parejas no casadas», en *Indret*, núm. 3, 2015.

- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales?», en *DPC*, núm. 29, 2015, pp. 389 ss.
- FOSSAS ESPADALER, Enric: «Legislador y derecho fundamental al juez legal», en *Indret*, núm. 1, 2016.
- GANDÍA PÉREZ, Enrique: «Consideraciones sobre las (pretendidas) *societates civiles con objeto mercantil*», en *RDM*, núm. 298, 2015, pp. 265 ss.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen: «La doctrina de la representación aparente a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo (1.ª) de 7 de Octubre de 2014», en *RDM*, núm. 298, 2015, pp. 381 ss.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza: «Transparencia en la gestión de las fundaciones; propuestas en torno a los códigos de buen gobierno corporativo en materia de retribución y compensación de gastos», en *RdPat*, núm. 38, 2015, pp. 217 ss.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Sentencia de 13 de abril de 2015. Duración de los derechos de explotación sobre la obra. Plazo mínimo de duración previsto en el Convenio de Berna y libertad de ampliación por los Estados miembros. Principio europeo de prohibición de discriminación. No justificación de las diferencias de trato en materia de plazo de protección entre los derechos de un autor nacional y los derechos de un autor de otro Estado miembro de la Unión Europea. Convenio de Berna y principio de protección automática», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 313 ss.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Computación en la nube: Big Data y protección de datos personales», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- OJEDA RIVERO, Rafael: «El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo», en *Indret*, núm. 3, 2015.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida», en *ACM*, núm. 1, 2016, pp. 43 ss.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: «La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Edad y méritos en la sucesión en los títulos nobiliarios», en *RGLJ*, núm. 1, 2016, pp. 109 ss.
- RUBÍ PUIG, Antoni: «Agotamiento de derechos de autor, modificación física de ejemplares y principio *salva rerum substantia*: La tensión entre control e innovación descentralizada en el asunto Art & Allposters International BV y Stichting Pictoright», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», en *ACM*, núm. 3, 2016, pp. 47 ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «La nacionalidad y su pérdida: Los ordenamientos jurídicos español y portugués», en *RDC*, núm. 1, 2016, pp. 67 ss.

- SORO MATEO, Blanca: «Compatibilidad y complementariedad del sistema telemático *lexnet* y tutela judicial efectiva», en *RDNT*, núm. 40, 2016, pp. 95 ss.
- SUÑOL LARA, Aurea: «Patentes y hold-up: la acción de cesación ante compromisos FRAND», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- SURROCA COSTA, Alfons: «Derechos fundamentales y «Baremo» de circulación. Un comentario a la STC 178/2014, de 3 de noviembre», en *DPC*, núm. 29, 2015, pp. 305 ss.
- TORRELLES TORREA, Esther: «La elección del orden en los apellidos por parte de los progenitores y los criterios de determinación a falta de acuerdo en la Ley de Registro civil 2011», en *RCDI*, núm. 753, 2016, pp. 185 ss.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional», en *DPC*, núm. 29, 2015, pp. 347 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «¿Saben nuestros tribunales lo que es un instrumento financiero complejo? No lo saben», en *ACM*, núm. 4, 2016, pp. 51 ss.
- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Sentencia de 13 de julio de 2015. Responsabilidad de la entidad de servicios de inversión por los daños y perjuicios sufridos por el inversor (pérdida de la inversión tras la quiebra de Lehman Brothers) por el incumplimiento de la obligación de realizar el test de idoneidad», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 515 ss.
- ALONSO NÚÑEZ, Manuel: «Concurso, fianza y solidaridad», en *CDC*, núm. 63, 2015, pp. 45 ss.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Sentencia de 7 de septiembre de 2015. Intereses moratorios abusivos en el contrato de financiación a comprador de bien mueble: adición de más de quince puntos porcentuales al interés remuneratorio. Efectos de la abusividad», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 549 ss.
- ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: «Aproximación a la normativa sobre mediación en litigios de consumo», en *RDP*, núm. 1-2, 2016, pp. 3 ss.
- ARANGUREN URRIZA, Francisco José: «El Notario y los controles de transparencia y abusividad en préstamos hipotecarios con consumidores», en *RJNot*, núm. 95-96, 2015, pp. 11 ss.
- ARIJA SOUTULLO, Carmen: «Transmisión hereditaria de la fianza», en *RDC*, núm. 1, 2016, pp. 25 ss.
- AVIÑO BELENGUER, David: «Las inmisiones en las relaciones de vecindad industrial», en *PDD*, núm. 124, 2015.
- «El daño como presupuesto de la acción de responsabilidad civil por contaminación», en *PDD*, núm. 126, 2016.

- AVIÑÓ BELENGUER, David, DIAS PEREIRA, André Gonçalo, y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «Marco normativo y jurisdiccional de la responsabilidad médica en España y Portugal», en *PDD*, núm. 127, 2016.
- BAHAMONDE MARTÍNEZ, Juan Manuel: «El procedimiento de liquidación del daño del artículo 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: aspectos procedimentales y sustantivos», en *Indret*, núm. 2, 2015.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «Alteración de circunstancias y error en el consentimiento: un estudio comparativo entre España y Portugal en la problemática surgida en torno al contrato de permuta financiera («swap») de tipos de interés», en *RDP*, núm. 1-2, 2016, pp. 21 ss.
- BARRERO RODRIGUEZ, Enrique: «La apreciación de la usura en créditos revolventes o rotativos vinculados a la utilización de tarjetas de crédito: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 628/2015, de 25 de noviembre (RJ 2015, 5001)», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 393 ss.
- BAYOD LÓPEZ, Carmen: «La (in)aplicación en Aragón del art. 1438 CC (Reflexiones sobre la jurisprudencia del TS en relación al trabajo doméstico)», en *Indret*, núm. 1, 2016.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «El abuso de la cláusula abusiva y la exagerada relevancia de la información en relación al préstamo hipotecario multdivisa», en *RGLJ*, núm. 1, 2016, pp. 127 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La reforma francesa del derecho de obligaciones y contratos (1) y (2)», en *ACM*, núms. 3 y 4, 2016, pp. 23 ss. y 83 ss.
- BERMEJO FONTANET, Xantal: «Prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual: crítica al principio de territorialidad del Codi civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 3, 2015, pp. 639 ss.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra: «Estudio comparativo sobre la normativa de productos conformes y seguros para consumidores en Francia y en España», en *PDD*, núm. 125, 2015.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «La doble regulación de la venta a pérdida en el Derecho Español: la necesaria interpretación conjunta y conforme al Derecho de la UE de la LOCM y de la LCD», en *ACM*, núm. 4, 2016, pp. 29 ss.
- «Sentencia de 28 de junio de 2015. Resolución pactada y ejercitada por incumplimiento no esencial. Cláusulas abusivas y contratos entre empresarios», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 487ss.
- CALAVIA MOLINERO, José Manuel, y TUSQUETS TRIAS DE BES, Francisco: «El arbitraje: situación actual y retos de futuro», en *RJC*, núm. 1, 2016, pp. 13 ss.
- CAPOBIANCO, Ernesto: «El contrato, entre autonomía y heteronomía. La experiencia ítalo-europea», en *RDC*, núm. 1, 2016, pp. 115 ss.
- CARPI MARTÍN, Rebeca: «Patrón legal de diligencia y responsabilidad civil de los tasadores de inmuebles», en *RDBB*, núm. 141, 2016, pp. 187 ss.

- CASADO CASADO, Belén: «La alteración de circunstancias y su incidencia en la contratación tras la situación de crisis económica: Una nueva visión de un tema clásico: la cláusula *rebus sic stantibus*», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 65 ss.
- CASTAÑOS CASTRO, Paula: «Propuestas legislativas sobre la responsabilidad del hostelero», en *Indret*, núm. 2, 2015.
- «La responsabilidad del hostelero por daños ocasionados a la salud e integridad física: un análisis jurisprudencial», en *RDP*, núm. 3-4, 2016, pp. 85 ss.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Consecuente ineficacia del contrato de financiación en caso de ineficacia del contrato -financiado- de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico: ¿un efecto del principio de protección de los consumidores o, más bien, del de accesividad?: Comentario a la STS de 28 de abril 2015 (RJ 2015, 1553)», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 223 ss.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a Dolores: «A propósito del régimen jurídico del contrato de prestación de servicios en la Propuesta de Reglamento Europeo sobre la compraventa», en *Indret*, núm. 3, 2015.
- CORTÉS, Pablo: «Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- DAMIÁN MORENO, Juan: «El impacto en el proceso de las modernas orientaciones en materia de incumplimiento contractual», en *RJUAM*, núm. 32, 2015, pp. 15 ss.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: «El «descubrimiento» por el Juez de una intención de las partes del contrato: ¿una entelequia?, ¿una «ilusión»? ¿o una ficción?», en *RJNot*, núm. 95-96, 2015, pp. 47 ss.
- DÍAZ MORENO, Alejandro: «Sentencia de 1 de abril de 2015. Cesión de créditos litigiosos. Exclusión en aquellos casos en que el crédito ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por sucesión universal y no de forma individualizada, en una operación de segregación al amparo de lo previsto en el art. 71 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 287 ss.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación?: Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «Sentencia de 27 de mayo de 2015. Baremo de daños de circulación. Limitación a la indemnización mediante renta vitalicia», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 417 ss.
- ESQUIROL JIMÉNEZ, Víctor: «La nueva regulación de los créditos y préstamos hipotecarios en el Código de consumo de Cataluña», en *RJC*, núm. 3, 2015, pp. 743 ss.
- ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia: «Los sistemas de *carpooling* y su régimen de responsabilidad», en *RdPat*, núm. 38, 2015, pp. 285 ss.

- ESTEVE ESTEVE, Patricia: «Abogado colaborativo: una nueva forma de resolución de conflictos», en *RJC*, núm. 1, 2016, pp. 71 ss.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «Problemas de legitimación en la Ley de ordenación de la edificación», en *RdPat*, núm. 38, 2015, pp. 27 ss.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Sentencia de 8 de junio de 2015. La DT 3.^a LAU-1994 es aplicable a los arrendamientos con prórroga forzosa convencional celebrados bajo la LAU-1994», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 473 ss.
- FANDONS PONS, Pedro: «La Ley 13/2015, de 13 de junio, de reforma de la ley hipotecaria y del texto refundido de la Ley del Catastro», en *RJC*, núm. 4, 2015, pp. 921 ss.
- FANEGO RODRÍGUEZ, María: «Aspectos internacionales de los contratos de cobertura del riesgo cambiario en los mercados OTC», en *RJUAM*, núm. 32, 2015, pp. 127 ss.
- FERNÁNDEZ CABANAS, Juan José: «Efectos de la sentencia *accor* y nuevo escenario de la contratación en el sector hotelero», en *RdPat*, núm. 38, 2015, pp. 237 ss.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «Sobre la anulación de un laudo por aplicación de la cláusula de orden público. Comentario de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 30/2015, de 14 de abril», en *RJC*, núm. 4, 2015, pp. 1003 ss.
- FRANCO CONFORTI, Óscar Daniel: «Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- GÁLVEZ CRIADO, Antonio: «El daño sobrevenido», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- GARCÍA MAYO, Manuel: «Eficacia jurídica y ejecución de los acuerdos en mediación», en *RGLJ*, núm. 1, 2016, pp. 55 ss.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Sentencia de 10 de septiembre de 2015. Resolución por impago de la prima única de un seguro de vehículos a motor», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 577 ss.
- GÓMEZ RUFÍAN, Luis: «Cirugía estética y responsabilidad civil: análisis sistemático de una compleja jurisprudencia», en *RJUAM*, núm. 32, 2015, pp. 185 ss.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: «Normativa civil sobre vivienda como impulso del mercado inmobiliario», en *ACM*, núm. 2, 2016, pp. 29 ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier: «La transferencia y el adeudo domiciliado desde la perspectiva de la normativa sobre servicios de pago», en *RDBB*, núm. 140, 2015, pp. 77 ss.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao: «Compensación de deuda y sistemas de pagos colaborativos «fintech»: algunas consecuencias para nuestro ordenamiento privado», en *RGLJ*, núm. 4, 2015, pp. 631 ss.

- IRÁCULIS ARREGUI, Nerea: «Contratación electrónica, transporte aéreo y usuarios: deber de información sobre el precio final y los suplementos opcionales», en *REDE*, núm. 56, 2015, pp. 119 ss.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena: «Sentencia de 24 de abril 2015. La denuncia unilateral «ad nutum» de un contrato, en el caso de autos, de un contrato indefinido de servicio continuado de transporte, basado en la mutua confianza («intuitu personae»), ha de respetar, en todo caso, las exigencias de la buena fe contractual. Sin embargo, esta exigencia no significa que el hecho en sí mismo de la denuncia genere el derecho a ser indemnizada, salvo que la denuncia sea arbitraria o abusiva», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 335 ss.
- LESKINEN, Charlotte: «La Directiva 2014/104/UE y algunas de sus posibles consecuencias en el Derecho español», en *REDE*, núm. 56, 2015, pp. 89 ss.
- LLAMAS BRUFAU, Lucia: «La prescripción de las acciones por daños continuados causados por productos defectuosos», en *PDD*, núm. 126, 2016.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «El nuevo régimen de responsabilidad civil por atropello de especies cinegéticas», en *PDD*, núm. 125, 2015.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David y VARGAS, Patricia: «La autorregulación del comercio electrónico en el ámbito de América Latina», en *RDNT*, núm. 40, 2016, pp. 51 ss.
- MACANÁS VICENTE, Gabriel: «La renuncia del abogado en el contrato de servicios: incumplimiento contractual e irrelevancia procesal», en *Indret*, núm. 3, 2015.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Casuística práctica de la carga de la prueba en el daño moral», en *PDD*, núm. 125, 2015.
- MALDONADO MOLINA, Francisco Javier: «Sentencia de 3 de diciembre de 2014. Fronting y reaseguro. Acción directa del reasegurador», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 47 ss.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Consumidores, sujetos privilegiados en el nuevo paradigma de justicia civil europea: medidas procesales y extra-procesales para su protección», en *Indret*, núm. 3, 2015.
- «Nuevas medidas de defensa de los consumidores en materia de acciones colectivas, asistencia jurídica gratuita, costas y tasas judiciales», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- MARCOS MOLINA, Juana: «El proceso de formación o conclusión del contrato», en *Indret*, núm. 3, 2015.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «El problema de las cláusulas abusivas en los intereses moratorios de los préstamos personales», en *RDBB*, núm. 140, 2015, pp. 293 ss.
- «Sentencia de 15 de septiembre de 2015. Swap: error sobre la existencia y el montante de los costes de cancelación», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 597 ss.

- MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos: «Origen de la estadística contractual notarial española», en *RJNot*, núm. 95-96, 2015, pp. 261 ss.
- MAYORGA TOLEDANO, María Cruz: «Transmisión del riesgo de tipo de interés de préstamos hipotecarios a través de derivados financieros. El deber de asesoramiento en su contratación», en *RDC*, núm. 4, 2015, pp. 173 ss.
- MESA MARRERO: «El error en el moderno Derecho contractual europeo», en *RDC*, núm. 4, 2015, pp. 29 ss.
- MEZZASOMA, Lorenzo: «Disciplina del contrato, tutela del contratante más débil y valor constitucional», en *DPC*, núm. 29, 2015, pp. 187 ss.
- MILÁ RAFEL, Rosa: «Sentencia de 4 de febrero de 2015. Seguro concertado por arquitecto y aparejador. Cláusula de unidad de siniestro», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 191 ss.
- MIQUEL SALA, Rosa: «¿Un futuro instrumento opcional europeo para el contrato de seguro? », en *Indret*, núm. 2, 2015.
- O'FLYNN, Andrew: «El carácter abusivo de pacto de interés de demora en los contratos de préstamo personal. Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo (1.ª) de 22 de Abril, y de 7 y 8 de Septiembre de 2015», en *RDM*, núm. 299, 2015, pp. 439 ss.
- PACHECO JIMÉNEZ, María Nieves: «Evolución de los servicios de pago: hacia el mercado único digital», en *RDNT*, núm. 39, 2015, pp. 75 ss.
- PARDO NÚÑEZ, Celestino Ricardo:» Hipoteca flotante: selección de los créditos asegurados», en *RCDI*, núm. 753, 2016, pp. 125 ss.
- PARRA LUCÁN, M.ª Ánegeles: «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Sentencia de 17 de septiembre de 2015. No se interrumpe la prescripción frente al corresponsable solidario cuando la solidaridad es impropia», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 633 ss.
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar: «La dación en pago necesaria y la protección de los deudores hipotecarios tras las últimas modificaciones legislativas», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 27 ss.
- RIBALTA I HARO, Jaume: «Contratos de servicios y de obra. Contornos y tipificación desde el Derecho Romano hasta las codificaciones civiles contemporáneas», en *RJNot*, núm. 95-96, 2015, pp. 117 ss.
- RIVAS VELASCO, M.ª José: «Artículo 28 directiva 2014/17/UE: hacia una ejecución hipotecaria diferenciada por el uso del inmueble», en *ACM*, núm. 1, 2016, pp. 22 ss.
- RIVERA GARCÍA, César: «Anulación de laudos por vulneración del orden público. Comentario a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sentada en asuntos sobre permutas financieras», en *RJC*, núm. 4, 2015, pp. 1017 ss.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español», en *Indret*, núm. 2, 2015.

- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Relaciones de complacencia en el entorno digital», en *RJC*, núm. 4, 2015, pp. 953 ss.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia: «150 casos de derecho de daños (2004-2014)», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «Sentencia de 13 de enero de 2015. Enriquecimiento injusto por ejecución hipotecaria con plusvalía adjudicada al ejecutante», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 133 ss.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María: «Las garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión en el Derecho inglés», en *RCDI*, núm. 753, 2016, pp. 307 ss.
- SOSA OLÁN, Henry: «La armonización de los plazos para desistir en materia de contratación electrónica, a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el TRLGDCU», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 141 ss.
- SURROCA COSTA, Alfons: «Derechos fundamentales y «Baremo» de circulación. Un comentario a la STC 178/2014, de 3 de noviembre», en *DPC*, núm. 29, 2015, pp. 305 ss.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «El «vaivén» de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*», en *RDC*, núm. 4, 2015, pp. 65 ss.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando: «Aproximación a la responsabilidad contractual de los prestadores de servicios de inversión», en *RDBB*, núm. 141, 2016, pp. 123 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ARRIETA SEVILLA, Luis Javier: «Sentencia de 19 de mayo de 2015. Doble inmatriculación», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 383 ss.
- AZAUSTRE GARRIDO, M.^a Dolores: «Problemática del pago de hipoteca y de otras deudas del matrimonio tanto en la fase declarativa como de ejecución», en *RDF*, núm. 69, 2015, pp. 27 ss.
- AZNAR GÓMEZ, Mariano J.: «Patrimonio cultural subacuático español ante tribunales extranjeros o internacionales: los casos de la “Mercedes” y del “Louisa”», en *AFDUAM*, núm. 19, 2015, pp. 47 ss.
- «Inmunidad de jurisdicción y plazos de prescripción: el asunto Cassirer», en *AFDUAM*, núm. 19, 2015, pp. 79 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia de 12 de noviembre de 2015. Diferencia entre las excepciones o limitaciones a la propiedad intelectual establecidas en el apartado a) (excepción de reprografía) y en el apartado b) (excepción de copia privada) del artículo 5.2 de la Directiva 2001/29/CE, y consecuencia de la misma sobre la compensación equitativa que corresponde a una y a otra. Cuantificación de la compensación equitativa correspondiente a ambas excepciones. Reparto de la misma entre los titulares de derechos y lo editores... », en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 643 ss.

- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier: «La desprotección de bienes culturales: enajenación de bienes públicos; la descatalogación», en *AFDUAM*, núm. 19, 2015, pp. 253 ss.
- CALZADILLA MEDINA, María Aránzazu: «Identificación, localización y delimitación de la finca privativa en la división horizontal no tumbada. Apuntes sobre la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria española», en *RdPat*, núm. 38, 2015, pp. 191 ss.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis: «A una aproximación a la naturaleza jurídica de la conocida como «hipoteca multidivisa»», en *RDBB*, núm. 140, 2015, pp. 269 ss.
- CERRATO GURI, Elisabet: «Aspectos procesales de la propiedad temporal y de la propiedad compartida de la vivienda habitual», en *Indret*, núm. 2, 2015.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, y CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele: «El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana», en *RCDI*, núm. 752, 2015, pp. 3387 ss.
- DELGADO RAMOS, Joaquín: «Objetivos que proclama y reformas que introduce la Ley 13/2015, de reforma de la legislación registral y catastral», en *RDC*, núm. 1, 2016, pp. 133 ss.
- FEMENIA RIBERA, Carmen, y MORA NAVARRO, J. Gaspar: «La detección de omisiones catastrales mediante el procedimiento de regularización catastral», en *RDNT*, núm. 39, 2015, pp. 59 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina», en *RCDI*, núm. 753, 2016, pp. 11 ss.
- FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles: «Algunas reflexiones sobre la nueva función social de la propiedad a propósito de la sentencia del TC 93/2015, de 14 de mayo (RTC 2015/93)», en *RdPat*, núm. 38, 2015, pp. 357 ss.
- GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «Distancias para luces y vistas. Incidencia del planeamiento urbanístico en la interpretación del concepto de vía pública para los efectos de la aplicación del art. 584 CC: Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), sentencia núm. 638/2015 de 17 noviembre (RJ 2015, 4972)», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 289 ss.
- «El registro de la propiedad como instrumento al servicio de la protección de lugares naturales y su proyección sobre la seguridad del tráfico inmobiliario privado», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 103 ss.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: «La buena fe en la usucapión inmobiliaria», en *RDP*, núm. 1-2, 2016, pp. 55 ss.
- GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen: «Les relacions de crèdit i deute en el règim de la propietat horitzontal: les novetats de la Llei 5/2015, de 13 de Maig (de modificació del llibre V CCCat relatiu als drets reals)», en *RJC*, núm. 4, 2015, pp. 889 ss.

- GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos Rafael: «La cuota de participación en la propiedad horizontal: su fijación y su alteración», en *RCDI*, núm. 752, 2015, pp. 3119 ss.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «Nuevos modelos de hábitat compartido: el proyecto *cohousing*. Del derecho de propiedad al derecho de uso», en *RdPat*, núm. 38, 2015, pp. 253 ss.
- JEREZ DELGADO, Carmen: «El sistema inmobiliario registral a la luz de la Ley 13/2015, de 24 de junio: ¿Nuevos principios hipotecarios?», en *RDC*, núm. 1, 2016, pp. 1 ss.
- LLÁCER BOSBACH, Ana María: «Consideraciones acerca de la administración de participaciones de fondos de inversión en usufructo», en *RDC*, núm. 1, 2016, pp. 177 ss.
- MAYORGA TOLEDANO, María Cruz: «Transmisión del riesgo de tipo de interés de préstamos hipotecarios a través de derivados financieros. El deber de asesoramiento en su contratación», en *RDC*, núm. 4, 2015, pp. 173 ss.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Sentencia de 13 de abril de 2015. Duración de los derechos de explotación sobre la obra. Plazo mínimo de duración previsto en el Convenio de Berna y libertad de ampliación por los Estados miembros. Principio europeo de prohibición de discriminación. No justificación de las diferencias de trato en materia de plazo de protección entre los derechos de un autor nacional y los derechos de un autor de otro Estado miembro de la Unión Europea. Convenio de Berna y principio de protección automática», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 313 ss.
- PARDO NÚÑEZ, Celestino Ricardo: «Hipoteca flotante: selección de los créditos asegurados», en *RCDI*, núm. 753, 2016, pp. 125 ss.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio: «La acción de división de cosa común acumulada al procedimiento de divorcio», en *RDF*, núm. 70, 2016, pp. 33 ss.
- PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis: «La protección internacional del patrimonio y las comunidades patrimoniales», en *AFDUAM*, núm. 19, 2015, pp. 121 ss.
- RIVAS VELASCO, M.^a José: «Artículo 28 directiva 2014/17/UE: hacia una ejecución hipotecaria diferenciada por el uso del inmueble», en *ACM*, núm. 1, 2016, pp. 22 ss.
- ROMA VALDÉS, Antonio: «La cooperación judicial frente al tráfico ilícito de bienes culturales», en *AFDUAM*, núm. 19, 2015, pp. 393 ss.
- ROSABAL ROBAINA, Yuniel: «Algunas consideraciones sobre el principio de prioridad registral en Cuba. Una visión desde el Derecho registral iberoamericano», en *RCDI*, núm. 753, 2016, pp. 287 ss.
- RUBÍ PUIG, Antoni: «Agotamiento de derechos de autor, modificación física de ejemplares y principio *salva rerum substantia*: La tensión entre control e innovación descentralizada en el asunto *Art & Allposters International BV y Stichting Pictoright*», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «Sentencia de 13 de enero de 2015. Enriquecimiento injusto por ejecución hipotecaria con plusvalía adjudicada al ejecutante», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 133 ss.

- SERRANO FERNÁNDEZ, María: «Las garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión en el Derecho inglés», en *RCDI*, núm. 753, 2016, pp. 307 ss.
- SUÑOL LARA, Aurea: «Patentes y hold-up: la acción de cesación ante compromisos FRAND», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad: «La inmunidad del Estado y los bienes culturales», en *AFDUAM*, núm. 19, 2015, pp. 153 ss.
- UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores: «Interés público, actividades privadas y expropiación en el Derecho comparado», en *Indret*, núm. 2, 2015.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «Los presupuestos estructurales del derecho de retención como punto de partida para la construcción de una teoría unitaria», en *RdPat*, núm. 38, 2015, pp. 161 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- ABRIL CAMPOY, Joan M.: «La compensació econòmica com a norma de liquidació del règim econòmic matrimonial de separació de béns: especialitats processals, pressupòsits i càlcul», en *Indret*, núm. 1, 2016.
- AZAUSTRE GARRIDO, M.^a Dolores: «Problemática del pago de hipoteca y de otras deudas del matrimonio tanto en la fase declarativa como de ejecución», en *RDF*, núm. 69, 2015, pp. 27 ss.
- BERENGUER ALBALADEJO, Cristina: «Los matrimonios en forma religiosa no canónica: celebración e inscripción en el Registro Civil de acuerdo con las reformas operadas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria», en *DPC*, núm. 29, 2015, pp. 83 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida», en *RGLJ*, núm. 4, 2015, pp. 593 ss.
- CALZADILLA MEDINA, María Aránzazu: «Alcance de los pactos del convenio regulador de separación matrimonial sobre pensión compensatoria: fijación de doctrina jurisprudencial. Momento para fijar la compensación prevista en el art. 1438 CC: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 (JUR 2015, 306777)», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 373 ss.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana María: «El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (A propósito de la STC, Sala 2.^a, n.º 138/2014, de 8 de septiembre)», en *DPC*, núm. 29, 2015, pp. 133 ss.
- CUCURRULL POBLET, Tatiana: «La política de dividendos en la empresa familiar (A propósito de la reforma del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital)», en *RCDI*, núm. 753, 2016, pp. 225 ss.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «La obligación de alimentar a los hijos menores y la limitación temporal de la misma por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 148 del Código Civil

(Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre)», en *DPC*, núm. 29, 2015, pp. 11 ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, y CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele: «El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana», en *RCDI*, núm. 752, 2015, pp. 3387 ss.

FARNÓS AMORÓS, Esther: «Sentencia de 13 de febrero de 2015. El TS atribuye la guarda de un menor a la hermana del padre custodio, quien había sido asesinado por la madre, porque el cambio propuesto por los abuelos maternos no supone ningún beneficio para el menor, quien se encuentra perfectamente integrado en su nuevo núcleo familiar», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 215 ss.

FERNÁNDEZ MARTELL PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Reconocimiento “post mortem” de la unión matrimonial no formalizada: la realidad supera al mito», en *RDP*, núm. 11-12, 2015, pp. 75 ss.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Bibliografía ¿mundial? de Derecho de Familia (2005-2014). Parte II», en *RJNot*, núm. 95-96, 2015, pp. 309 ss.

GASPAR LERA, Silvia: «Los negocios de configuración del patrimonio común en la sociedad de gananciales: autonomía privada de los cónyuges y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 753, 2016, pp. 255 ss.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «Auto del TC de 16 de diciembre de 2014. Cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 148.1 del Código Civil por posible vulneración del artículo 39.3 de la Constitución. Alimentos del hijo menor de edad: devengo de la prestación desde la interposición de la demanda. Limitación temporal incompatible con el deber constitucional de asistencia», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 107 ss.

MÁS BADÍA, María Dolores: «Método de avalúo de las viviendas de Protección Oficial en la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia: diagnóstico del problema y propuesta de solución», en *RDC*, núm. 4, 2015, pp. 121 ss.

MIJANCOS GURRUCHAGA, Liliana: «Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC», en *Indret*, núm. 2, 2015.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «Juez competente para conocer de una demanda de obligación de alimentos a favor de hijos menores: Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera). Caso A contra B. Sentencia de 16 julio 2015 (TJCE 2015, 236)», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 343 ss.

MORENO-TORRES HERRERA, M.^a Luisa: «La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho», en *Indret*, núm. 4, 2015.

NÚÑEZ BOLAÑOS, María, NICASIO JARAMILLO, Isabel María, y PIZARRO MORENO, Eugenio: «El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción», en *DPC*, núm. 29, 2015, pp. 227 ss.

- NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: «Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza», en *RDC*, núm. 4, 2015, pp. 153 ss.
- PANIZO Y ROMO DE ARCE, Alberto: «Jurisdicción voluntaria y matrimonio religioso en España», en *RDP*, núm. 3-4, 2016, pp. 3 ss.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio: «La acción de división de cosa común acumulada al procedimiento de divorcio», en *RDF*, núm. 70, 2016, pp. 33 ss.
- POLO SABAU, José Ramón: «El matrimonio en forma religiosa y el matrimonio de los grupos ideológicos o filosóficos en el ordenamiento jurídico irlandés», en *RCDI*, núm. 752, 2015, pp. 3467 ss.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de filiación», en *DPC*, núm. 29, 2015, pp. 263 ss.
- RIPOLL JAÉN, Antonio: «Expediente notarial de jurisdicción voluntaria. I. Familia: A) Matrimonio.-Acta y Escritura *Mariage chez le Notaire*», en *RJNot*, núm. 95-96, 2015, pp. 275 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «El «nasciturus» en el derecho español actual, problemática jurídica en torno a los artículos 29 y 30 del Código Civil», en *RDF*, núm. 70, 2016, pp. 395 ss.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», en *ACM*, núm. 3, 2016, pp. 47 ss.
- TORRELLES TORREA, Esther: «La elección del orden en los apellidos por parte de los progenitores y los criterios de determinación a falta de acuerdo en la Ley de Registro civil 2011», en *RCDI*, núm. 753, 2016, pp. 185 ss.
- UREÑA CARAZO, Belén: «Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia», en *RDF*, núm. 69, 2015, pp. 49 ss.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional», en *DPC*, núm. 29, 2015, pp. 347 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- ALGABA ROS, Silvia: «Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación», en *Indret*, núm. 2, 2015.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos», en *RDC*, núm. 4, 2015, pp. 7 ss.
- ARIJA SOUTULLO, Carmen: «Transmisión hereditaria de la fianza», en *RDC*, núm. 1, 2016, pp. 25 ss.

- ARROYO I AMAYUELAS, Esther, y FARNÓS AMORÓS, Esther: «Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado: ¿A quién prefieren los tribunales?», en *Indret*, núm. 2, 2015.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «¿Pueden los albaceas contadores-partidores entregar legados antes de hacer la partición?», en *RDC*, núm. 4, 2015, pp. 95 ss.
- DE LAMA AYMÁ, Alejandra: «Principios de Derecho sucesorio europeo: libertad de testar y protección de la familia», en *RDP*, núm. 3-4, 2016, pp. 67 ss.
- EGEA FERNANDEZ, Joan: «L'ordenació conjunta de la successió dels cònjuges.: Heretament preventiu o testament mancomunat?», en *Indret*, núm. 2, 2015.
- ESPINO BERMELL, Carlos: «La identificación del testador en los testamentos comunes regulados en el Código Civil español. Especial estudio en el testamento ológrafo», en *RGLJ*, núm. 1, 2016, pp. 7 ss.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Sentencia de 17 de enero de 2014. Conflicto entre la cláusula testamentaria que prohíbe impugnar el testamento (cláusula prohibitoria) y derecho a la legítima. Relación con la cautela soci-ni», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 19 ss.
- FERNÁNDEZ MARTELL, José Karel: «Hacia la fijación y concreción de un concepto jurídico sobre inoficiosidad: reconstruyendo un rostro en el Derecho de sucesiones cubano», en *RDP*, núm. 3-4, 2016, pp. 27 ss.
- GAGOS, Clara: «Sentencia de 10 de diciembre de 2014. Preterición no intencional: régimen de ineficacia del testamento por preterición. Prescripción de la acción derivada de la preterición. Efectos de la preterición en la partición», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 89 ss.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel: «Asuntos pendientes en el derecho de transmisión: el cónyuge viudo del transmitente y otros supuestos», en *RCDI*, núm. 753, 2016, pp. 75 ss.
- IRURZUN GOICOA, Domingo: «Por qué -y cómo- se llega a heredar. (La sucesión mortis causa en el Código Civil)», en *RJNot*, núm. 95-96, 2015, pp. 383 ss.
- MÁS BADÍA, María Dolores: «Método de avalúo de las viviendas de Protección Oficial en la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia: diagnóstico del problema y propuesta de solución», en *RDC*, núm. 4, 2015, pp. 121 ss.
- MINGORANCE GOLSÁLVEZ, M.^a del Carmen: «Los principios de confusión y de separación de patrimonios en el derecho hereditario español», en *RCDI*, núm. 752, 2015, pp. 3221 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Edad y méritos en la sucesión en los títulos nobiliarios», en *RGLJ*, núm. 1, 2016, pp. 109 ss.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, Inés: «Limitación de la responsabilidad a los bienes de la herencia por una de las deudas que conforma el haber hereditario», en *RCDI*, núm. 752, 2015, pp. 3257 ss.

- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Resolución de 3 de marzo de 2015. Inscripción de escritura de manifestación y aceptación de herencia por la única heredera, sin intervención de legitimario legatario», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 235 ss.
- TARABAL BOSCH, Jaume: «Reflexions sobre el llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions: encerts, interrogants i propostes de reforma», en *Indret*, núm. 3, 2015.
- VAQUER ALOY, Antoni: «Libertad de testar y condiciones testamentarias», en *Indret*, núm. 3, 2015.
- VELAYOS JORGE, José Luis y GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La capacidad para testar: su valoración médica y su consideración jurídica», en *RJNot*, núm. 95-96, 2015, pp. 401 ss.
- ZALUCKI, Mariusz: «New revolutionary European Regulation on succession matters – key issues and doubts», en *RDC*, núm. 1, 2016, pp. 165 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- DE LA VEGA GARCÍA, Fernando L.: «Conductas reactivas de la competencia en la distribución farmacéutica», en *RDM*, núm. 299, 2015, pp. 119 ss.
- DÍEZ, Mónica, y HACKBART, Ralf: «La competencia judicial internacional en materia de marcas, dibujos y modelos comunitarios en caso de litisconsorcio pasivo en el ámbito comunitario», en *RDM*, núm. 299, 2015, pp. 233 ss.
- FLAQUER RIUTORT, Juan: «Uso de palabras clave en internet e infracción de derecho de marca ajeno», en *RDNT*, núm. 40, 2016, pp. 131 ss.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen: «La doctrina de la representación aparente a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo (1.ª) de 7 de Octubre de 2014», en *RDM*, núm. 298, 2015, pp. 381 ss.
- GARCÍA MANDALONIZ, Marta: «Medidas legislativas en el *Bank-Based Model* para el impulso del *Market-Based Model*», en *RDM*, núm. 298, 2015, pp. 207 ss.
- GUERRERO TREVIJANO, Cristina: «La protección de la discrecionalidad empresarial en la Ley 31/2014, de 3 de Diciembre», en *RDM*, núm. 298, 2015, pp. 147 ss.
- HERBOSA MATÍNEZ, Inmaculada: «La reorganización empresarial de las pequeñas y medianas empresas (“Small Business”) en el Derecho de quiebras norteamericano: ¿un modelo para su regulación en la Unión Europea?», en *RDBB*, núm. 140, 2015, pp. 111 ss.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael: «Sentencia de 3 de diciembre de 2014. Competencia desleal por imitación de prestaciones de tercero», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 79 ss.

- LEACH ROS, María Blanca: «Las comunicaciones electrónicas entre empresarios financieros y no financieros: la obligación de pago bancaria (*Bank Payment Obligation*)», en *RDBB*, núm. 141, 2016, pp. 161 ss.
- LESKINEN, Charlotte: «La Directiva 2014/104/UE y algunas de sus posibles consecuencias en el Derecho español», en *REDE*, núm. 56, 2015, pp. 89 ss.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «El jurado de autocontrol como paradigma de referencia en el ámbito publicitario: resoluciones respecto a terceros no adheridos», en *RJNot*, núm. 95-96, 2015, pp. 493 ss.
- MARTÍN ARESTI, Pilar: «La independencia de la acción de infracción de marca y de la acción de nulidad de la marca posterior presuntamente infractora. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (1.ª) de 28 de Octubre de 2014», en *RDM*, núm. 298, 2015, pp. 405 ss.
- MORRAL SOLDEVILA, Ramón: «La determinación del momento de la vulgarización de la marca, a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (1.ª) de 24 de Febrero de 2015», en *RDM*, núm. 298, 2015, pp. 427 ss.
- MEJÁN CARRER, Luis Manuel: «Los deberes y la responsabilidad de los administradores de empresas en crisis», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 201 ss.
- RIVAS ANDRÉS, Rafael: «Nunca se han podido inscribir legalmente las escrituras extranjeras de buques. (Leyes de Navegación Marítima de 24/7/2014 y posteriores)», en *RJNot*, núm. 95-96, 2015, pp. 439 ss.
- RODILLA MARTÍ, Carmen: «La defensa de los derechos de patente como ilícito en el derecho de la competencia o la «*compulsory license defense*» a propósito del caso Huawei/ZTE», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 175 ss.
- SENET VIDAL, María José: «En torno al informe de impacto de género sobre el Anteproyecto de Código Mercantil», en *RDM*, núm. 298, 2015, pp. 25 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALONSO LEDESMA, Carmen: «La reforma del gobierno corporativo de las entidades de crédito», en *RDBB*, núm. 141, 2016, pp. 11 ss.
- ALONSO UREBA, Alberto: «El modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada tras la reforma legal de 2014 y el CBG de 2015», en *RDS*, núm. 45, 2015, pp. 23 ss.
- ALONSO UREBA, Alberto, y RONCERO SÁNCHEZ, Antonio: «Aplicación a la transmisión de derechos de suscripción preferente del régimen de restricción a la libre transmisibilidad de las acciones», en *RDS*, núm. 45, 2015, pp. 453 ss.
- ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. y GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: «Las modificaciones estructurales», en *CDC*, núm. Extra. 1 (2), 2015, pp. 345 ss.

- ANGULO GARZARO, Noemí, ANGULO GARZARO, Amaya, y FERNÁNDEZ ROJO, David: «Neutralidad en la red y competencia en la UE: la regulación del mercado de las comunicaciones electrónicas tras el Reglamento sobre el mercado único de las telecomunicaciones», en *RDCD*, núm. 17, 2015.
- BALLESTEROS, José Antonio, y PÉREZ GURREA, Miguel Ángel: «La protección del cliente minorista en relación con la comercialización de obligaciones convertibles», en *RDM*, núm. 299, 2015, pp. 265 ss.
- BARBA FAU, Sandra: «El *say on pay* como instrumento de gobierno corporativo», en *RDS*, núm. 45, 2015, pp. 387 ss.
- BAREA MARTÍNEZ, M.^a Teresa: «La transmisión de las acciones y participaciones sociales», en *CDC*, núm. Extra. 1 (2), 2015, pp. 257 ss.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: «Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las sociedades laborales», en *RDS*, núm. 45, 2015, pp. 249 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «El acuerdo extrajudicial de pagos y la exoneración del pasivo concursal en el Real-Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero», en *CDC*, núm. 63, 2015, pp. 815 ss.
- BLANCO PULLEIRO, Alberto: «Disolución y liquidación de sociedades», en *CDC*, núm. Extra. 1 (2), 2015, pp. 539 ss.
- BRENES CORTÉS, Josefa: «La retribución de los consejeros ejecutivos de las sociedades de capital. Comentario de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de Julio de 2015», en *RDM*, núm. 299, 2015, pp. 455 ss.
- BUSTILLO TEJEDOR, Luis L.: «La emisión de obligaciones y los obligacionistas», en *CDC*, núm. Extra. 1 (2), 2015, pp. 45 ss.
- CABALLERÍA MARTEL, Cristina: «Documentación de acuerdos sociales», en *CDC*, núm. Extra. 1 (2), 2015, pp. 139 ss.
- CASTAÑER CODINA, Joaquim: «Sentencia de 16 de marzo de 2015. No se vulnera el orden público por adoptar acuerdos en junta universal no celebrada si los socios han aceptado tratar los temas mediante conversaciones sin reunión con firma posterior del acta, de forma sucesiva, en sus respectivos domicilios», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 263 ss.
- CUCURRULL POBLET, Tatiana: «La política de dividendos en la empresa familiar (A propósito de la reforma del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital)», en *RCDI*, núm. 753, 2016, pp. 225 ss.
- DEL VAL TALENS, Paula: «La prohibición de competencia del socio. ¿Prestación accesorio, deber fiduciario o pacto parasocial? Comentario a la RDGRN de 5 de junio de 2015», en *RJNot*, núm. 95-96, 2015, pp. 629 ss.
- DÍAZ MORENO, Alberto: «Sobre el aumento de capital por compensación de créditos (reflexiones al hilo de la disposición adicional 4.^a de la Ley Concursal)», en *RdPat*, núm. 38, 2015, pp. 75 ss.

- DOMÍNGUEZ MENA, Antonio: «Fase previa a la constitución. Acuerdos pre-contractuales y su fuerza obligatoria», en *CDC*, núm. Extra. 1 (1), 2015, pp. 47 ss.
- EMBED IRUJO, José: «La codificación del gobierno corporativo», en *RDBB*, núm. 140, 2015, pp. 11 ss.
- «Los supuestos de conflicto de interés con privación del derecho de voto del socio en la junta general (art. 190.1 y 2 LSC)», en *RDS*, núm. 147, 2015, pp. 23 ss.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Íñigo: «Separación y exclusión de socios», en *CDC*, núm. Extra. 1 (2), 2015, pp. 483 ss.
- FERNÁNDEZ MALDONADO, M.^a Adoración: «Órganos de la sociedad (III). El Consejo de administración», en *CDC*, núm. Extra. 1 (2), 2015, pp. 75 ss.
- FERNÁNDEZ MALDONADO, M.^a Adoración, SERRANO DE HARO MARTÍNEZ, M.^a del Carmen, y ZAMORA IPAS, Almudena: «Órganos de la sociedad (II). El órgano de administración», en *CDC*, núm. Extra. 1 (1), 2015, pp. 451 ss.
- FERNÁNDEZ PIERA, Álvaro: «Concepto, naturaleza y tipología de sociedades», en *CDC*, núm. Extra. 1 (1), 2015, pp. 15 ss.
- GANDÍA PÉREZ, Enrique: «Consideraciones sobre las (pretendidas) *sociedades civiles con objeto mercantil*», en *RDM*, núm. 298, 2015, pp. 265 ss.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «El alcance efectivo de la *business judgment rule* en el derecho español: una visión integradora desde el derecho de sociedades y el derecho concursal», en *RDS*, núm. 45, 2015, pp. 321 ss.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «La competencia de la Junta General en las operaciones relativas a activos esenciales. Artículo 160. F Ley de Sociedades de Capital», en *RDM*, núm. 298, 2015, pp. 183 ss.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio: «La nulidad de los negocios coligados en el ámbito de las estaciones de servicio», en *RDCD*, núm. 17, 2015.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Acuerdos vinculados de reducción de capital de una Sociedad Anónima y de transformación en Sociedad de Responsabilidad Limitada», en *RJNot*, núm. 95-96, 2015, pp. 603 ss.
- HERNANDO MENDIVIL, Javier: «La *Business Judgment Rule*», en *RDM*, núm. 299, 2015, pp. 313 ss.
- LORA-TAMAYO VILLACIEROS, Manuel, MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis, y PÉREZ RAMOS, Carlos: «La constitución de las sociedades de capital», en *CDC*, núm. Extra. 1 (1), 2015, pp. 93 ss.
- LUCINI MATEO, Álvaro: «Reflexiones acerca del proyecto de Directiva Europea sobre Sociedad Limitada Unipersonal (SUP), de fecha 9-4-2014», en *CDC*, núm. 63, 2015, pp. 13 ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Maite: «Los supuestos de exoneración del deber de información a los accionistas por los administradores (art. 197.3 LSC)», en *RDS*, núm. 45, 2015, pp. 177 ss.

- MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a Teresa: «Derecho de atribución preferente de acciones y participaciones sociales», en *RCDI*, núm. 752, 2015, pp. 3169 ss.
- MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Jesús: «Órganos de la sociedad (I). La Junta general», en *CDC*, núm. Extra. 1 (1), 2015, pp. 375 ss.
- MEJÁN CARRER, Luis Manuel: «Los deberes y la responsabilidad de los administradores de empresas en crisis», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 201 ss.
- MELLADO RODRÍGUEZ, Manuel: «El Vencimiento Anticipado: comentario a la Resolución de la Dirección General de los registros y del notariado de 6 de octubre de 2014 (B.O.E. 7 de noviembre de 2014)», en *CDC*, núm. 63, 2015, pp. 185 ss.
- NAVARRO FRÍAS, Irene: «Retribuciones internas y externas de los administradores sociales: algunas repercusiones penales de la última modificación de la Ley de sociedades de capital», en *RDBB*, núm. 141, 2016, pp. 95 ss.
- PÉREZ HERESA, Juan: «Los estatutos sociales», en *CDC*, núm. Extra. 1 (1), 2015, pp. 189 ss.
- PÉREZ PUEYO, Anunciación: «¿Cuáles son las funciones del secretario del consejo de administración tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital?», en *RDS*, núm. 45, 2015, pp. 463 ss.
- PÉREZ RAMOS, Carlos: «La autonomía de la voluntad en las sociedades de capital», en *CDC*, núm. Extra. 1 (1), 2015, pp. 305 ss.
- PORTELLANO DÍEZ, Pedro, y GONZÁLEZ GALÁN, Sergio: «La delegación de voto por el representante de un consejero persona jurídica», en *RDS*, núm. 45, 2015, pp. 445 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Reestructuraciones societarias: incumplimiento de acuerdos homologados de refinanciación», en *RDBB*, núm. 141, 2016, pp. 65 ss.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio: «El reto de la implantación de los PDC en materia antitrust en España», en *RDCD*, núm. 17, 2015.
- ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL, Luis, y ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL, José Javier: «Régimen de las acciones y participaciones sociales», en *CDC*, núm. Extra. 1 (2), 2015, pp. 139 ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «Sentencia de 2 de junio de 2015. Impugnabilidad de acuerdos sociales negativos», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 445 ss.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Jorge: «La sociedad en formación y la sociedad irregular», en *CDC*, núm. Extra. 1 (1), 2015, pp. 65 ss.
- SALDAÑA VILLODO, Benjamín: «La prescripción de la responsabilidad por deudas de los administradores», en *RDM*, núm. 299, 2015, pp. 143 ss.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuela María: «La prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros (Artículo 229.1.e) LSC)», en *RDBB*, núm. 140, 2015, pp. 43 ss.
- SEOANE DE LA PARRA, Miguel: «Las cuentas anuales», en *CDC*, núm. Extra. 1 (2), 2015, pp. 451 ss.

- SOPEÑA BLANCO, Vera, y MARTÍN MARTÍN, Gustavo Andrés: «La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida», en *RDCD*, núm. 17, 2015.
- SUÁREZ RUBIO, Soledad María: «El deber de secreto de los administradores de las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 45, 2015, pp. 359 ss.
- TORRE SUSTAETA, Victoria: «Sobre las reclamaciones de daños por infracción de las normas de Derecho de la Competencia tras la Directiva 104/2014: Vicisitudes procesales en torno a la acumulación de acciones por el actor y por el demandado», en *RDCD*, núm. 17, 2015.
- VALENZUELA GARACH, Francisco Javier: «Sentencia de 4 de febrero de 2015. La inclusión en los estatutos sociales de una cláusula restrictiva de la libre transmisibilidad de las acciones, consistente en la atribución de un derecho de adquisición preferente de aquellas a favor de los socios, impide a cualquier socio realizar la transmisión de sus acciones a un tercero sin comunicar previamente su intención a la sociedad anónima...», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 169 ss.
- VARGAS VASSEROT, Carlos: «Efectos de la contravención de la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias: propuesta de reforma e interpretación restrictiva de una institución en crisis», en *RDS*, núm. 45, 2015, pp. 213 ss.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «El nombramiento de los liquidadores de las sociedades de capital en el ámbito judicial y registral», en *RDM*, núm. 298, 2015, pp. 99 ss.
- VÁZQUEZ RUANO, Trinidad: «Administrador social vs. cargo de alta dirección en la sociedad. Posible compatibilidad», en *RDS*, núm. 45, 2015, pp. 291 ss.
- YANES YANES, Pedro: «La votación separada por asuntos», en *RDM*, núm. 299, 2015, pp. 33 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «¿Sabían nuestros tribunales lo que es un instrumento financiero complejo? No lo sabían», en *ACM*, núm. 4, 2016, pp. 51 ss.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: «La apreciación de la usura en créditos revolventes o rotativos vinculados a la utilización de tarjetas de crédito: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 628/2015, de 25 de noviembre (RJ 2015, 5001)», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 393 ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Sentencia de 28 de junio de 2015. Resolución pactada y ejercitada por incumplimiento no esencial. Cláusulas abusivas y contratos entre empresarios», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 487 ss.
- CARPI MARTÍN, Rebeca: «Patrón legal de diligencia y responsabilidad civil de los tasadores de inmuebles», en *RDBB*, núm. 141, 2016, pp. 187 ss.

- FANEGO RODRÍGUEZ, María: «Aspectos internacionales de los contratos de cobertura del riesgo cambiario en los mercados OTC», en *RJUAM*, núm. 32, 2015, pp. 127 ss.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Sentencia de 10 de septiembre de 2015. Resolución por impago de la prima única de un seguro de vehículos a motor», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 577 ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier: «La transferencia y el adeudo domiciliado desde la perspectiva de la normativa sobre servicios de pago», en *RDBB*, núm. 140, 2015, pp. 77 ss.
- IRÁCULIS ARREGUI, Nerea: «Contratación electrónica, transporte aéreo y usuarios: deber de información sobre el precio final y los suplementos opcionales», en *REDE*, núm. 56, 2015, pp. 119 ss.
- LA CASA GARCÍA, Rafael: «La cobertura retroactiva del seguro», en *RDM*, núm. 298, 2015, pp. 51 ss.
- MALDONADO MOLINA, Francisco Javier: «Sentencia de 3 de diciembre de 2014. Fronting y reaseguro. Acción directa del reasegurador», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 47 ss.
- MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco: «Los contratos de compraventa de empresas en España. Un análisis empírico (2013-2014)», en *RDM*, núm. 299, 2015, pp. 175 ss.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaume: «El método para la cuantificación de la compensación por clientela en el contrato de agencia: la cuestión pendiente de la Jurisprudencia española. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (1.ª) de 3 de Junio de 2015», en *RDM*, núm. 298, 2015, pp. 439 ss.
- MARTÍN BAUMEISTER, Bruno: «El Derecho financiero islámico y su designación como “Ley aplicable” en contratos de financiación», en *RDBB*, núm. 140, 2015, pp. 229 ss.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «El problema de las cláusulas abusivas en los intereses moratorios de los préstamos personales», en *RDBB*, núm. 140, 2015, pp. 293 ss.
- «Sentencia de 15 de septiembre de 2015. Swap: error sobre la existencia y el montante de los costes de cancelación», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 597 ss.
- MILÁ RAFEL, Rosa: «Sentencia de 4 de febrero de 2015. Seguro concertado por arquitecto y aparejador. Cláusula de unidad de siniestro», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 191 ss.
- O'FLYNN, Andrew: «El carácter abusivo de pacto de interés de demora en los contratos de préstamo personal. Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo (1.ª) de 22 de Abril, y de 7 y 8 de Septiembre de 2015», en *RDM*, núm. 299, 2015, pp. 439 ss.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando: «Aproximación a la responsabilidad contractual de los prestadores de servicios de inversión», en *RDBB*, núm. 141, 2016, pp. 123 ss.

DERECHO CONCURSAL

- ALAMEDA CASTILLO, M.^a Teresa: «Las relaciones laborales en las empresas en concurso tras diez años de vigencia de la Ley Concursal», en *ADCon*, 2016, núm. 37, pp. 113 ss.
- ALONSO LEDESMA, Carmen: «Algunas reflexiones sobre la proyectada reforma de la administración concursal», en *RDCP*, núm. 23, 2015, pp. 15 ss.
- ALONSO NÚÑEZ, Manuel: «Concurso, fianza y solidaridad», en *CDC*, núm. 63, 2015, pp. 45 ss.
- ÁLVAREZ RUBIO, Julio: «La quiebra de Acha y Basozábal bajo las ordenanzas del consulado de Bilbao de 1737», en *ADCon*, 2016, núm. 37, pp. 265 ss.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «Efectos de la iniciación del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos tras el RDL 1/2015 y La Ley 9/2015», en *RDCP*, núm. 23, 2015, pp. 91 ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «El nuevo régimen de la segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras», en *ADCon*, 2016, núm. 37, pp. 11 ss.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino: «La calificación del concurso por irregularidades contables graves, inexactitud grave de documentos aportados y retraso en la solicitud del concurso desde una visión jurisprudencial», en *RDP*, núm. 3-4, 2016, pp. 49 ss.
- ETXARANDIO HERRERA, Edorta: «El cobro separado de créditos contra la masa», en *ADCon*, 2016, núm. 37, pp. 231 ss.
- FARARLDO CABANA, Patricia: «Vuelta a los hechos de bancarrota: el delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015», en *RDCP*, núm. 23, 2015, pp. 55 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Prenda común y prenda sin desplazamiento sobre bienes/créditos futuros del pignorante. Nuevos y viejos problemas», en *RDCP*, núm. 24, 2016, pp. 41 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Víctor: «Reestructuración y recuperación bancaria: la SAREB ante el concurso y el RD-L 5/2005», en *RDCP*, núm. 24, 2016, pp. 167 ss.
- FUENTES NAHARRO, Mónica: «Consolidación de «inventarios y listas de acreedores» y grupos de sociedades», en *RDCP*, núm. 23, 2015, pp. 107 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Sentencia de 15 de septiembre de 2015. Ejercicio abusivo de acción de rescisión concursal de garantía real prestada por el concursado por crédito ajeno», en *CCJC*, núm. 1000, 2016, pp. 619 ss.
- GARCÍA VIDAL, Ángel: «El precurso de acreedores: publicidad «versus» reserva», en *RDM*, núm. 299, 2015, pp. 81 ss.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: «Aspectos procesales del art. 5 bis LC: la comunicación de la existencia de negociaciones y su incidencia en la ejecución forzosa», en *RDCP*, núm. 24, 2016, pp. 83 ss.

- GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «Las garantías contextuales: rescisión y grupos societarios», en *RDCP*, núm. 23, 2015, pp. 123 ss.
- GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: «Reestructuración de empresas y operaciones sobre activos esenciales. (La aplicación práctica de la regla del art. 160 f) LSC a la vista de la DGRN)», en *RDCP*, núm. 24, 2016, pp. 37 ss.
- HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «La reorganización empresarial de las pequeñas y medianas empresas («Small Business») en el Derecho de quiebras norteamericano: ¿un modelo para su regulación en la Unión Europea?», en *RDBB*, núm. 140, 2015, pp. 111 ss.
- «Efectos de la rescisión de las garantías reales en el concurso (con particular atención a las contextuales)», en *RDCP*, núm. 24, 2016, pp. 208 ss.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a del Mar: «Acuerdo extrajudicial de pagos, segunda oportunidad, administración y crédito público», en *RDCP*, núm. 24, 2016, pp. 223 ss.
- HURTADO IGLESIAS, Santiago: «Los acuerdos de refinanciación y cómputo de mayorías. Evolución legal», en *RDCP*, núm. 24, 2016, pp. 133 ss.
- LATORRE CHINER, Nuria: «El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física», en *ADCon*, 2016, núm. 37, pp. 163 ss.
- MARQUÉS MOSQUERA, Cristina: «El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero», en *RDCP*, núm. 23, 2015, pp. 161 ss.
- MOYA BALLESTER, Jorge: «Los deberes fiduciarios impuestos a la administración concursal», en *RDCP*, núm. 24, 2016, pp. 183 ss.
- PÉREZ VEGA, Ángeles: «El incidente concursal civil: celebración de vista y especialidades procesales», en *RDCP*, núm. 23, 2015, pp. 181 ss.
- PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José: «Prórroga forzosa, propiedad comercial e “interés del concurso”: supuestos, presupuestos, límites», en *RGLJ*, núm. 4, 2015, pp. 677 ss.
- PULGAR EXQUERRA, Juana: «Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación “ex” art. 5.bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito», en *RDCP*, núm. 23, 2015, pp. 31 ss.
- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal», en *RDCP*, núm. 24, 2016, pp. 99 ss.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: «La automaticidad en la declaración del concurso consecutivo», en *ADCon*, 2016, núm. 37, pp. 217 ss.
- SANTIAGO IGLESIAS, Diana: «Las sociedades municipales ante el derecho concursal», en *ADCon*, 2016, núm. 37, pp. 65 ss.
- SENET MARTÍNEZ, Santiago: «El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015», en *RDCP*, núm. 23, 2015, pp. 147 ss.
- SERRANO ZARAGOZA, Oscar: «Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica», en *RDCP*, núm. 24, 2016, pp. 149 ss.

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «La crisis bancarias en el sistema concursal español», en *RDCP*, núm. 24, 2016, pp. 67 ss.

VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «Los efectos de la declaración judicial de incumplimiento del convenio», en *RDCP*, núm. 23, 2015, pp. 71 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

ACEDO-RICO HENNING, Fernando: «Novedades en la identificación de fincas tras la reforma de la Ley Hipotecaria y del catastro inmobiliario por la Ley 13/2015 de 14 de junio», en *RDU*, núm. 303, 2016, pp. 139 ss.

ALEMANY GARCÍAS, Juan: «Los convenios urbanísticos en la Ley Balear de Ordenación y Uso de Suelo (Ley 2/2014 de 25 de marzo)», en *RDU*, núm. 305, 2016, pp. 111 ss.

DÍAZ ARROYO, Antonio: «Las edificaciones destinadas a alojamiento del personal agrícola temporal en suelo no urbanizable en Andalucía. Una realidad incómoda», en *RDU*, núm. 305, 2016, pp. 79 ss.

DOMÍNGUEZ BLANCO, José María: «Los límites a la acción de nulidad de títulos habilitantes», en *RDU*, núm. 305, 2016, pp. 17 ss.

EMBUENA MANUEL, Gemma Dolores: «El pretérito perfecto y el futuro imperfecto de los Planes Especiales de Reforma Interior», en *RDU*, núm. 303, 2016, pp. 51 ss.

ENTRENA RUIZ, Daniel Bruno: «Protección ambiental desde el mercado: el modelo de gestión de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos», en *RDU*, núm. 305, 2016, pp. 135 ss.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gerardo Roger: «El régimen de valoraciones de la Ley de Suelo: alteraciones producidas en los últimos tiempos», en *RDU*, núm. 302, 2015, pp. 71 ss.

GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «El gran problema urbanístico de los pequeños municipios: la disciplina urbanística. En particular, la potestad sancionadora y de restauración de la legalidad», en *RDU*, núm. 302, 2015, pp. 95 ss.

GIL FRANCO, Agustín Juan: «Funciones de policía administrativa especial de los cuerpos de policía local. En particular, en los ámbitos del urbanismo, medio ambiente y como policía asistencial», en *RDU*, núm. 304, 2016, pp. 17 ss.

GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando: «Seguridad jurídica y crisis económica no justifican el silencio negativo: a propósito de la STC 29/2015, de 19 de febrero», en *RUE*, núm. 35, 2015, pp. 113 ss.

GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando, y RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel: «La ejecución de sentencias de derribo y los terceros de buena fe (a propósito del nuevo artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)», en *RUE*, núm. 35, 2015, pp. 23 ss.

- GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a Ángeles, y GONZÁLEZ IGLESIAS, Ángel: «Sostenibilidad y responsabilidad en la edificación», en *RDU*, núm. 301, 2015, pp. 151 ss.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Juan Felipe: «Siete medidas urgentes para salvar el urbanismo», en *RDU*, núm. 301, 2015, pp. 77 ss.
- MARTÍN-MERINO Y BERNARDOS, Javier: «Incumplimiento de los deberes urbanísticos: el sistema de ejecución forzosa y las sanciones administrativas que pueden proceder. El ejemplo de la STSJ Madrid de 7 de abril de 2014», en *RDU*, núm. 303, 2016, pp. 89 ss.
- PAREJO ALFONSO, Luciano José: «Derecho urbanístico francés (Parte 1) y (Parte 2)», en *RDU*, núms. 301 y 302, 2015, pp. 17 ss.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jesús María: «Objetivos y novedades introducidas en el suelo urbano por la Ley Foral 5/2015, de medidas para favorecer el urbanismo sostenible, la renovación urbana y la actividad urbanística en Navarra», en *RDU*, núm. 304, 2016, pp. 59 ss.
- «Novedades en el modelo de planeamiento urbanístico y de participación de la ciudadanía en la Ley Foral 572015 de medidas para favorecer el urbanismo sostenible, la renovación urbana y la actividad urbanística en Navarra», en *RUE*, núm. 35, 2015, pp. 67 ss.
- RUEDA ESTEBAN, Luis: «La doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado en la casuística del seguro decenal», en *RDU*, núm. 304, 2016, pp. 87 ss.
- RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel: «Desarrollo sostenible y discrecionalidad del planificador urbanístico: la falta de justificación de nuevas demandas de vivienda en la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo», en *RUE*, núm. 35, 2015, pp. 131 ss.
- SARASÍBAR IRIARTE, Miren: «Régimen de control y cumplimiento en materia de evaluación de impacto ambiental)», en *RDU*, núm. 302, 2015, pp. 1871 ss.
- SARMIENTO ACOSTA, Manuel Jesús: «Configuración de la evaluación ambiental de proyectos: esferas estatal y autonómica», en *RDU*, núm. 304, 2016, pp. 101 ss.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «Situación registral de las fincas procedentes de una reparcelación cuando se declara la nulidad del planeamiento», en *RDU*, núm. 301, 2015, pp. 181 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- BACHMAEIR WINTER, Lorena: «Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los Derechos fundamentales en juicios *in absentia* en el Derecho Europeo», en *REDE*, núm. 56, 2015, pp. 153 ss.

- DÍEZ, Mónica, y HACKBART, Ralf: «La competencia judicial internacional en materia de marcas, dibujos y modelos comunitarios en caso de litisconsorcio pasivo en el ámbito comunitario», en *RDM*, núm. 299, 2015, pp. 233 ss.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: «El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones», en *RDCE*, núm. 52, 2015, pp. 871 ss.
- LESKINEN, Charlotte: «La Directiva 2014/104/UE y algunas de sus posibles consecuencias en el Derecho español», en *REDE*, núm. 56, 2015, pp. 89 ss.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Consumidores, sujetos privilegiados en el nuevo paradigma de justicia civil europea: medidas procesales y extra-procesales para su protección», en *Indret*, núm. 3, 2015.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: «El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», en *RDCE*, núm. 52, 2015, pp. 825 ss.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «Juez competente para conocer de una demanda de obligación de alimentos a favor de hijos menores: Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera). Caso A contra B. Sentencia de 16 julio 2015 (TJCE 2015, 236)», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 343 ss.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.^a Ángeles: «La orden europea de retención de cuentas», en *RdPat*, núm. 38, 2015, pp. 145 ss.
- VALBUENA GONZÁLEZ, Félix: «La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo», en *RDCE*, núm. 52, 2015, pp. 987 ss.

DERECHO PROCESAL

- AZNAR GÓMEZ, Mariano J.: «Patrimonio cultural subacuático español ante tribunales extranjeros o internacionales: los casos de la “Mercedes” y del “Louisa”», en *AFDUAM*, núm. 19, 2015, pp. 47 ss.
- «Inmunidad de jurisdicción y plazos de prescripción: el asunto Cassirer», en *AFDUAM*, núm. 19, 2015, pp. 79 ss.
- BACHMAEIR WINTER, Lorena: «Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los Derechos fundamentales en juicios *in absentia* en el Derecho Europeo», en *REDE*, núm. 56, 2015, pp. 153 ss.
- BELTRÁN DE LUBIANO SÁEZ DE URABAIN, Jokin: «Controlando al litigante rebelde: las *anti-suit injunctions* en los tribunales españoles», en *RJUAM*, núm. 32, 2015, pp. 75 ss.
- CERRATO GURI, Elisabet: «Aspectos procesales de la propiedad temporal y de la propiedad compartida de la vivienda habitual», en *Indret*, núm. 2, 2015.

- DAMIÁN MORENO, Juan: «El impacto en el proceso de las modernas orientaciones en materia de incumplimiento contractual», en *RJUAM*, núm. 32, 2015, pp. 15 ss.
- DÍEZ, Mónica, y HACKBART, Ralf: «La competencia judicial internacional en materia de marcas, dibujos y modelos comunitarios en caso de litis-consorcio pasivo en el ámbito comunitario», en *RDM*, núm. 299, 2015, pp. 233 ss.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Nuevas medidas de defensa de los consumidores en materia de acciones colectivas, asistencia jurídica gratuita, costas y tasas judiciales», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «Juez competente para conocer de una demanda de obligación de alimentos a favor de hijos menores: Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera). Caso A contra B. Sentencia de 16 julio 2015 (TJCE 2015, 236)», en *RdPat*, núm. 39, 2016, pp. 343 ss.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: «La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva», en *Indret*, núm. 4, 2015.
- ROMA VALDÉS, Antonio: «La cooperación judicial frente al tráfico ilícito de bienes culturales», en *AFDUAM*, núm. 19, 2015, pp. 393 ss.
- SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M.: «Examen del procedimiento de tramitación común de los expedientes de jurisdicción voluntaria», en *RJC*, núm. 1, 2016, pp. 115 ss.
- VALMAÑA CABANES, Antonio: «La importancia del trámite de conclusiones y la conveniencia de su práctica en el juicio verbal», en *Indret*, núm. 3, 2015.

ABREVIATURAS

<i>AC</i>	Actualidad Civil
<i>AAMN</i>	Anales de la Academia Matritense del Notariado
<i>ADCon</i>	Anuario de Derecho Concursal
<i>AFDUAM</i>	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
<i>ACM</i>	Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal
<i>CCJC</i>	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
<i>CDC</i>	Cuadernos de Derecho y Comercio
<i>DPC</i>	Derecho Privado y Constitución
<i>GJ</i>	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
<i>PDD</i>	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
<i>RDC</i>	Revista de Derecho Civil
<i>RDCD</i>	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
<i>RCDI</i>	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
<i>RDA</i>	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
<i>RDBB</i>	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
<i>RDC</i>	Revista de Derecho Civil

<i>RDCE</i>	Revista de Derecho Comunitario Europeo
<i>RDCP</i>	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
<i>RDF</i>	Revista de Derecho de Familia
<i>RDM</i>	Revista de Derecho Mercantil
<i>RDNT</i>	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
<i>RdPat</i>	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
<i>RDP</i>	Revista de Derecho Privado
<i>RDS</i>	Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades
<i>RDU</i>	Revista Aranzadi de Derecho Urbanístico
<i>REDE</i>	Revista Española de Derecho Europeo
<i>RGLJ</i>	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
<i>RJC</i>	Revista Jurídica de Catalunya
<i>RJN</i>	Revista Jurídica de Navarra
<i>RJNot</i>	Revista Jurídica del Notariado
<i>RJUAM</i>	Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid
<i>RUE</i>	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

<i>InDret</i>	www.indret.com
<i>Diario La Ley</i>	
<i>La Ley Derecho de Familia</i>	
<i>La Ley Mercantil</i>	
<i>La Ley Unión Europea</i>	

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Resolución por retraso. A propósito de la STS de 25 de mayo de 2016 [348/2016] (Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto)

BEATRIZ GREGORACI

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid*

RESUMEN

El Tribunal Supremo explica en la presente sentencia cuáles son los pasos que hay que seguir para decidir si un retraso en el cumplimiento de la obligación justifica la resolución del contrato. En primer lugar, hay que comprobar si las partes han pactado una cláusula resolutoria expresa que contempla el retraso como evento resolutorio. En caso negativo, hay que valorar si el retraso es esencial, lo que puede suceder (a) porque el contrato se haya sometido a un término esencial y el retraso lo exceda; o (b) porque el retraso manifieste una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Por último, y aun cuando el retraso no sea esencial, la resolución procederá cuando ya no quepa exigir al acreedor, conforme a la buena fe, que continúe vinculado al contrato.

Además, la sentencia se ocupa de la indemnización de daños y perjuicios, cuando este remedio se ejercita junto a la resolución, y de la interrupción del plazo para interponer recurso de apelación.

PALABRAS CLAVE

Resolución por retraso, incumplimiento, plazo adicional, indemnización de daños y perjuicios.

* El presente comentario se enmarca en el Proyecto de Investigación DER 2014-53972-P, dirigido por los Profesores Antonio Manuel Morales Moreno y Nieves Fenoy Picón.

ABSTRACT

In this Decision, the Spanish Supreme Court explains how to decide whether a delay justifies the termination of the contract. The first question that must be asked is whether the parties have included in the contract a condition that allows for termination due to delay. If the answer to this question is negative, then it must be checked whether the delay is a case of fundamental non-performance; and this happens in two cases: a) where time is of the essence of the contract and the delay exceeds it; and b) where the delay reveals an intentional breach of contract. Finally, when the delay has not been included as a condition, nor is it a case of fundamental non-performance, the creditor can nevertheless terminate the contract when, according to good faith, he is not obliged to continue bound by the contract.

This Court Decision is also about damages in case of termination and about the interruption of the deadline for bringing an appeal.

KEY WORDS

Termination due to delay, breach of contract, Nachfrist, damages for breach of contract.

SUMARIO: I. *Justificación.*—II. *Los Hechos.* 2.1 Antecedentes fácticos. 2.1.1 El contrato de suministro y los contratos de financiación. 2.1.2 Las vicisitudes relativas a los plazos de entrega. 2.1.3 La resolución del contrato de suministro por FESUR. 2.1.4 La respuesta de CAF a la resolución por parte de FESUR. 2.2 Antecedentes procesales. 2.2.1 La sentencia de Primera Instancia. Las solicitudes de corrección. 2.2.2 El recurso de apelación interpuesto por CAF y la impugnación. 2.2.3 Los recursos de FESUR ante el Tribunal Supremo.—III. *La fundamentación jurídica.* 3.1 Resolución por retraso. 3.1.1 Cláusula resolutoria expresa. 3.1.2 Retraso esencial. 3.1.3 Retraso no esencial resolutorio: inexigibilidad, conforme a la buena fe, de continuar vinculado al contrato. 3.2 Indemnización de daños y perjuicios. 3.2.1 La medida del interés indemnizable en caso de resolución. 3.2.2 La relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño. 3.3 La interrupción del plazo para interponer recurso de apelación.—IV. *Conclusiones.*

I. JUSTIFICACIÓN

«Complejo» es el adjetivo que mejor ilustra el asunto que resuelve la STS de 25 de mayo de 2016¹: complejos son los antece-

¹ Así lo reconoce, además, el propio Tribunal, tal y como se desprende de la lectura del punto 4 del Antecedente de Hecho Tercero que a continuación reproduzco: «Por providencia de 4 de enero de 2016, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 23 de febrero de 2016, en que ha tenido lugar, no habiéndose dictado sentencia en el plazo establecido debido a la especial complejidad del asunto».

dentes fácticos del caso que dio origen al litigio y complejas son las cuestiones jurídicas que el Alto Tribunal ha tenido que analizar para resolver conforme a Derecho.

El resultado es una sentencia *importante*, que no debe pasar desapercibida entre los operadores jurídicos, sean éstos intérpretes, aplicadores o estudiosos del Derecho: el abogado que tenga que asesorar a quien quiera resolver un contrato o a quien recibe una declaración resolutoria del otro contratante, el juez (o árbitro) que debe decidir si una resolución estuvo bien hecha o, en fin, el profesor que investiga sobre la resolución del contrato o la explica a sus alumnos en las aulas, hará bien en estudiarse esta sentencia.

Aunque el tema nuclear del asunto es, como ya habrá intuido el lector, la resolución del contrato, esta sentencia se pronuncia sobre otras dos cuestiones, una de ellas de carácter también sustantivo, la otra estrictamente procesal: se trata, por un lado, de la indemnización de daños y perjuicios como remedio frente al incumplimiento del contrato, que se ejercita, en este caso concreto, junto a la resolución; y, por otro lado, de la interrupción del plazo para interponer recurso de apelación cuando se solicita la aclaración de la sentencia de Primera Instancia.

Tras una síntesis de los hechos que se sitúan en el origen de esta sentencia, analizaré cada una de las tres cuestiones indicadas.

II. LOS HECHOS

Casi 13 páginas ocupa el relato de los hechos en la sentencia comentada²: el Alto Tribunal da cuenta detallada de los antecedentes puramente fácticos, acreditados en la instancia, y del íter procesal del caso.

2.1 ANTECEDENTES FÁCTICOS

La cuestión central que debía resolver el Alto Tribunal en el presente asunto consistía en decidir si había sido conforme a Derecho la resolución de un contrato de suministro de 9 locomotoras y piezas de parque, basada en el retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega. En el caso hay un entramado de relaciones de las que hay que dar cuenta para una mejor comprensión de los antecedentes fácticos, aunque conviene advertir ya desde ahora que

² El Alto Tribunal dedica todo el Fundamento de Derecho Primero a los antecedentes de hecho (pp. 9 a 21 de la sentencia publicada en CENDOJ).

el litigio se planteó única y exclusivamente entre las dos partes del contrato de suministro mencionado.

2.1.1 El contrato de suministro y los contratos de financiación

Además del mencionado contrato de suministro, en el relato de los hechos adquiere importancia también la estructura de financiación articulada por la compradora para la financiación de la compra de las locomotoras y las piezas de parque.

El *contrato de suministro* se celebró el 4 de septiembre de 2007. Partes del contrato eran la compañía «Ferrocarriles del Suroeste, S. A.» (a partir de ahora, FESUR) y «Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S. A.» (a partir de ahora, CAF). El objeto del contrato estaba constituido por 9 locomotoras, con sus correspondientes piezas de parque, que CAF se obligaba a fabricar, suministrar y vender a FESUR, quien se obligaba a comprarlas.

Las estipulaciones del contrato que el Alto Tribunal destaca son las relativas a los plazos y condiciones de entrega de las locomotoras, al precio y las condiciones de pago, a la indemnización de daños y perjuicios y a las penalizaciones por demora, a la resolución y a la novación. En concreto:

El contrato preveía un calendario para la entrega de las locomotoras conforme al cual la primera de ellas debía ser entregada en noviembre de 2009 y la última en diciembre de 2010. Además, las partes pactaron lo siguiente: «CAF y FESUR se comprometen, en caso de ser necesario el que esta última inicie el servicio comercial antes de tener en disposición las 2 primeras locomotoras, en buscar una solución en base a que FESUR pueda alquilar 2 locomotoras que le permitan de forma transitoria iniciar el citado servicio [...]»³.

FESUR se obligó a pagar un precio total de 30.516.000 euros por las 9 locomotoras y las piezas de parque: el 30 %, es decir 9.154.800 euros, lo entregó FESUR en el momento de la celebración del contrato⁴.

El contrato preveía una penalización por demora sobre el plazo fijado para la entrega de las locomotoras⁵, así como un tope máximo de penalizaciones e indemnizaciones, que ascendía al 10 % del importe total del Contrato de suministro.

³ Sobre el significado de dicha cláusula, *vid. infra* § 3.1.3 (ii).

⁴ El 70 % restante del precio de las locomotoras se entregaría en la fecha de recepción provisional de cada una de ellas; el pago del 70 % restante del precio de las piezas de parque se produciría al finalizar el período de garantía de las locomotoras, con un tope máximo de 3 años desde la recepción provisional de la última.

⁵ Sobre la trascendencia de esta cláusula para la resolución del contrato por retraso, *vid. infra* § 3.1.2 (i).

En la estipulación vigésimoprimera, titulada «Resolución del contrato» se pactó lo siguiente:

«FESUR podrá resolver de pleno derecho el Contrato de suministro de locomotoras en caso de incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones que CAF asuma en el mismo, y en particular, en los siguientes casos:

Transcurrido el plazo de 6 meses desde el inicio de las pruebas y por causas imputables a CAF sin resultados satisfactorios.

Rebase del tope del 10% del importe del Contrato de suministro de locomotoras por todos los conceptos de penalización recogidos en la estipulación DECIMOSEXTA [rectius DECIMOSEPTIMA].

La resolución del Contrato producirá los siguientes efectos:

Suspensión del abono de todos los pagos de facturación pendientes

Aplicación de las penalizaciones económicas que correspondan

Todo ello con independencia de la facultad reservada a FESUR de ejercitar las acciones que le correspondan por todos los conceptos.

CAF podrá resolver de pleno derecho el presente Contrato de suministro de locomotoras en caso de incumplimiento grave y/o reiterado de las obligaciones que FESUR ha asumido en el mismo.

En todos los supuestos indicados, para proceder a la Resolución del Contrato, en la parte que corresponda, y por cualquiera de las partes señaladas, se deberá notificar su intención de proceder a la misma, con un plazo de preaviso mínimo de 2 meses, a fin de que durante este periodo se puedan efectuar las alegaciones o justificaciones que resultaran procedentes.»⁶

En fin, FESUR y CAF pactaron expresamente que la novación de cualquiera de las obligaciones, pactos y condiciones establecidas en el contrato exigirían un acuerdo específico de las partes; terminaba dicha cláusula del siguiente modo:

«En consecuencia, las cartas y escritos que se crucen entre LAS PARTES carecerán de fuerza novatoria y modificativa de las obligaciones del presente Contrato si no han sido suscritas y autorizadas por medio de representantes legales o Apoderados debidamente facultados para ello.»

El 22 de diciembre de 2008 FESUR articuló una *estructura de financiación* con el objetivo de financiar la adquisición de las locomotoras, difiriendo el pago del precio durante un plazo aproximado de 15 años. Dicha estructura de financiación estaba compuesta por los siguientes contratos: (i) el contrato de cesión; (ii) los con-

⁶ Sobre la interpretación de dicha cláusula, *vid. infra* § 3.1.1.

tratos de leasing; (iii) los contratos de crédito; y (iv) los contratos de cobertura de tipos de interés.

(i) Firmaron el contrato de cesión Banco Popular Español, S. A. (en adelante, Banco Popular), FESUR y CAF. En virtud de dicho contrato, la entidad financiera se colocaba en la posición de FESUR en el contrato de suministro para, en el propio contrato de cesión, volver a ceder los derechos y obligaciones comprendidos en el contrato de suministro a FESUR, con determinadas excepciones, a las que se aludía como «Exclusiones» y entre las que se encontraban la obligación de pagar el precio a CAF, la propiedad de las locomotoras y piezas de parque y la facultad de resolución del contrato por incumplimiento: dichos derechos y obligaciones seguían siendo de titularidad del Banco Popular, quien tendría derecho a cederlos a FESUR en caso de resolución anticipada por cualquier causa de cualquiera del resto de los contratos que conformaban la estructura de financiación. Y, como enseguida se comprobará, fue precisamente eso lo que finalmente sucedió: los contratos de financiación fueron resueltos anticipadamente, por lo que Banco Popular cedió de nuevo la facultad de resolver el contrato de suministro a FESUR. Y fue FESUR quien la ejercitó frente a CAF.

(ii) Banco Popular y FESUR suscribieron en el mismo acto 10 contratos de leasing (1 por cada locomotora y uno para las piezas de parque). En dichos contratos se contemplaba la facultad de Banco Popular de declarar el vencimiento anticipado para el supuesto de que las locomotoras no hubieran sido entregadas a FESUR en el plazo máximo de 6 meses a contar desde las fechas de entrega previstas en el contrato de suministro.

(iii) Para financiar los pagos debidos por FESUR a Banco Popular en virtud de los contratos de leasing mencionados en el apartado anterior, FESUR celebró un contrato de crédito con La Caixa y Banco de Andalucía. También en este contrato se preveía expresamente la facultad de las entidades financieras de resolver el contrato anticipadamente en el caso de que la entrega de cualquiera de las locomotoras no se hubiera producido antes de los 6 meses siguientes a las respectivas fechas de entrega pactadas en el contrato de suministro.

(iv) Los contratos de cobertura de tipos de interés se firmaron, como complemento al Contrato de Crédito explicado en el apartado anterior, por FESUR y Banco de Andalucía, por un lado, y FESUR y La Caixa, por otro. En dichos contratos se contemplaba como causa de vencimiento anticipado la resolución anticipada de cualquiera de los contratos de financiación, a los que se acaba de aludir.

En definitiva, más de un año después de la celebración del contrato de suministro, FESUR celebró los contratos de financiación explicados, de los que cabe destacar: 1) que CAF solo fue parte en uno de ellos (el Contrato de cesión); 2) que todos ellos contenían una cláusula de vencimiento anticipado: en los contratos de leasing y en el contrato de crédito estaba prevista para el caso de que la entrega de cualquiera de las locomotoras no se hubiera producido antes de los 6 meses siguientes a las respectivas fechas de entrega según el contrato de suministro; en el contrato de cesión y en los contratos de cobertura de los tipos de interés, para el caso de que cualquiera de los otros contratos de financiación implicados en la operación se resolviera anticipadamente; 3) que la facultad de resolver el contrato de suministro por incumplimiento pasó a ser de titularidad del Banco Popular, que tendría derecho a cederla de nuevo a FESUR en caso de que se produjera la resolución anticipada de alguno de los contratos de financiación.

Obsérvese que: a) en el contrato de suministro celebrado entre FESUR y CAF no se contemplaba como causa de resolución la falta de entrega de las locomotoras antes de los 6 meses siguientes a las respectivas fechas de entrega⁷; y b) CAF no conocía los términos concretos y condiciones de los contratos de financiación⁸.

Todos los datos anteriores son relevantes para la resolución del caso ya que, en síntesis, y sin perjuicio de los detalles que se indicarán más adelante, lo que finalmente sucedió fue que CAF se retrasó más de 6 meses en la entrega de la primera de las locomotoras, hecho que provocó la resolución anticipada de los contratos de financiación y que Banco Popular retrocediera a FESUR la facultad de resolver el contrato de suministro. Y FESUR resolvió el contrato de suministro por retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega.

2.1.2 Las vicisitudes relativas a los plazos de entrega

En el relato de los hechos adquiere una gran importancia una serie de comunicaciones entre las partes relativas a los plazos de entrega: unas, en las que CAF intentó novar infructuosamente los plazos de entrega; otras, en las que FESUR mostró a CAF su preocupación por los plazos de entrega y la importancia que el cumpli-

⁷ Sobre la interpretación de la cláusula 21.ª del contrato, arriba reproducida, y que contenía causas de resolución expresamente pactadas por las partes, *vid. infra* § 3.1.1.

⁸ Dice, en concreto, el Alto Tribunal: «No se ha considerado probado que CAF-que sólo fue parte en el Contrato de Cesión-conociera los concretos términos y condiciones de los Contratos de Leasing, el Contrato de Crédito y los Contratos de Cobertura de tipos de interés» (FD.º 1, punto 2. *in fine*).

miento de los mismos tenía para el buen fin de los contratos de financiación.

Y así, entre los meses de mayo y julio de 2009 (antes, por tanto, de la llegada del primer plazo de entrega, previsto, como se ha dicho, para noviembre de 2009) CAF manifestó a FESUR la necesidad de reprogramar el calendario de entrega de las locomotoras y propuso unas nuevas fechas de entrega: en concreto, se proponía entregar la primera locomotora en mayo de 2010 (es decir, 6 meses después de la fecha inicialmente prevista en el contrato).

FESUR no aceptó expresamente la novación de los plazos de entrega de las locomotoras. El Tribunal Supremo subraya, además, que conforme a las estipulaciones del contrato la novación exigía un acuerdo específico al respecto que no se documentó⁹ y que, durante la vigencia del contrato de cesión de derechos y obligaciones celebrado entre CAF, FESUR y Banco Popular, la novación habría exigido la conformidad de la entidad financiera¹⁰. En cualquier caso, y tal y como el Alto Tribunal pone de relieve, en mayo de 2010, es decir, a la fecha de entrega propuesta por CAF en el segundo calendario, no se entregó ninguna locomotora.

A lo largo de 2009 y de 2010 FESUR envió diversas comunicaciones a CAF solicitando fechas estimadas de entrega y explicando la trascendencia que dicha información tenía en su relación con los Bancos. Del tenor de las comunicaciones, algunas de ellas reproducidas literalmente por el Alto Tribunal, se desprende la insistencia de FESUR y la falta de obtención de una respuesta satisfactoria por parte de CAF.

2.1.3 La resolución del contrato de suministro por FESUR

El 25 de agosto de 2010, Banco Popular declaró resueltos los contratos de Leasing y el contrato de crédito por la existencia de un retraso superior a los 6 meses sobre la fecha prevista para la entrega de las primeras locomotoras (en aplicación de las cláusulas de vencimiento anticipado arriba mencionadas) y comunicó a FESUR la cesión de las exclusiones.

El 24 de septiembre de 2010 Banco Popular volvió a ceder las «Exclusiones» a FESUR, por lo que fue en este momento cuando FESUR recuperó la facultad de resolver el contrato celebrado con CAF que, hasta ese momento, ostentaba Banco Popular.

⁹ *Vid. supra* § 2.1.1, en donde se recoge la mencionada estipulación.

¹⁰ *Vid. supra* § 2.1.1, en lo relativo a las estipulaciones contenidas en el contrato de cesión celebrado entre Banco Popular, FESUR y CAF.

El 30 de septiembre de 2010 FESUR remitió por conducto notarial carta de resolución a CAF señalando que la causa de resolución era que CAF había incumplido la obligación de entrega de las primeras dos locomotoras, excediéndose en más de seis meses del plazo establecido en el contrato de suministro.

Ese mismo día, FESUR celebró un contrato de préstamo para financiar su deuda frente al Banco Popular por la resolución anticipada de los Contratos de Leasing y del Contrato de Crédito.

2.1.4 La respuesta de CAF a la resolución por parte de FESUR

La reacción de CAF ante la resolución efectuada por FESUR se plasmó en dos comunicaciones, de 1 y de 30 de diciembre de 2010. En ambas CAF requería a FESUR para que ésta levantara las actas de recepción provisional de 8 locomotoras (en la primera de las comunicaciones) e incluso de las 9 locomotoras (en la segunda de las comunicaciones).

Sin embargo, el 30 de diciembre de 2010 ninguna de las locomotoras había obtenido la autorización de puesta en servicio, lo que significaba que ninguna de las locomotoras había completado el primero de los tres hitos fundamentales del proceso de homologación de las locomotoras¹¹. Es más, a fecha de presentación del escrito de CAF de oposición a los recursos interpuestos por FESUR ante el TS, se habían homologado únicamente dos de las 9 locomotoras¹².

¹¹ El propio Tribunal se ocupa de explicar dichos hitos:

«1.º) Autorización de puesta en servicio: determina que el material rodante puede circular por la red ferroviaria de interés general. Se emite por la Dirección General de Ferrocarriles del Ministerio de Fomento, una vez que se ha obtenido un informe de validación favorable del organismo de certificación (CETREN), que acredita el cumplimiento de la normativa técnica aplicable al vehículo ferroviario objeto de homologación. Esta autorización muestra que el material cumple con la normativa y es compatible con la infraestructura.

2.º) Prueba de fiabilización: recorrido que los vehículos ferroviarios tienen que realizar para obtener la autorización de circulación. En el presente caso se fijó que fuera de 60.000 kms.

3.º) Autorización de circulación: una vez superado el recorrido fijado, y tras haber obtenido un informe favorable del organismo de certificación que supervisa esta prueba, el ADIF emite la autorización de circulación, que muestra que el material cumple con la normativa existente, es compatible con la infraestructura y circula sin incidencias, por lo que puede circular en servicio comercial.» (FD.º 1.º apartado 6 in fine).

¹² Dice en concreto el Alto Tribunal: «Ha afirmado CAF, en su escrito de oposición a los recursos sobre los que esta Sala debe decidir, que el 15 de febrero de 2012 se obtuvo la autorización de circulación de la locomotora 1, y que con posterioridad a la fecha de la audiencia previa se homologó otra de las locomotoras» (FD.º 1, apartado 7, in fine).

2.2 ANTECEDENTES PROCESALES

El 29 de julio de 2011 FESUR interpuso demanda frente a CAF solicitando la declaración de la resolución del contrato de suministro y la condena de la demandada a la indemnización de daños y perjuicios.

CAF contestó el 11 de octubre de 2011 planteando reconvencción, ejercitando una acción declarativa con el objeto de que se declararan, entre otros extremos, la plena vigencia del contrato de suministro suscrito entre las partes, y una acción de condena para que FESUR cumpliera, además de una serie de obligaciones a su cargo, el contrato y le indemnizara de los daños y perjuicios causados por su comportamiento. CAF solicitaba, además, la condena de GEA 21, S. A. y del grupo Alfonso Gallardo, S. L.¹³ al pago de las cantidades solicitadas en la reconvencción para el caso de que FESUR no pagara.

2.2.1 La sentencia de Primera Instancia. Las solicitudes de corrección de errores y de aclaración

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que declaró la validez de la resolución del contrato instada extrajudicialmente por FESUR el 30 de septiembre de 2010 y condenó a CAF a restituir el precio pagado anticipadamente por FESUR, así como a la indemnización de todos los daños y perjuicios solicitados por FESUR. Sin embargo, desestimó la petición de FESUR relativa al pago de una penalización por retraso; ahora bien, siendo esto último lo que se desprendía del apartado 13 del apartado primero del fallo, en el número 7 del mismo apartado del fallo se declaraba, en clara contradicción con el número 13, que CAF estaba obligada a abonar dicha penalización por retraso. Pero sobre esto volveré inmediatamente. En fin, la demanda reconvenccional de CAF fue desestimada íntegramente.

El 30 de noviembre de 2012 se notificó la Sentencia de Primera Instancia a las partes.

El 4 de diciembre de 2012, FESUR solicitó la corrección de una serie de errores tipográficos detectados en diferentes apartados del fallo de la sentencia.

El 5 de diciembre 2012 el Juzgado dictó Auto corrigiendo los errores puestos de manifiesto por FESUR.

¹³ Titular, cada una de estas empresas, del 50 % del capital social de FESUR.

Ese mismo día, CAF presentó escrito solicitando aclaración del fallo, al apreciar que el mismo adolecía de dos contradicciones: en primer lugar, la discrepancia entre los puntos 1 y 9 del fallo, en cuanto a la cifra expresada en letras y la cifra expresada en números; en segundo lugar, señalaba que en el punto 6 se declaraba que la sociedad demandada debía abonar las penalizaciones por retraso devengadas en aplicación de la cláusula 17.2 del contrato de suministro, mientras que en el punto 13 del propio fallo se declaraba que se desestimaba dicha pretensión de la parte actora. En el escrito de CAF había dos erratas: donde CAF se refería a los puntos 1 y 6 del fallo, debía haber escrito puntos 3 y 7, respectivamente.

El 7 de diciembre de 2012 el Juzgado dictó Auto en el que se desestimaba la solicitud de corrección por parte de CAF, sin comprender las erratas del escrito de CAF a las que acabo de referirme. De hecho, la argumentación del Juzgado, reproducida por el Alto Tribunal, fue la siguiente:

«La primera corrección planteada es la discrepancia entre el importe del punto primero y noveno de la sentencia. No cabe esta aclaración dado que en el punto primero no procede cuantía alguna. Es un dictado declarativo y no recoge cantidad alguna. No cabe el defecto alegado por tanto.

La segunda aclaración planteada concurre sobre el punto sexto de la sentencia sobre el que se plantea una contradicción con el decimotercero. No siendo coincidentes con lo planteado en el escrito de parte no cabe la aclaración pretendida dado que el punto sexto se refiere al contrato de cobertura de de [sic] tipos de interes [sic] y el decimotercero a la penalización por retraso.»

El auto, notificado a CAF el 12 de diciembre de 2012, terminaba del siguiente modo:

«Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden, en su caso, contra la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificada (artículo 214.4 LEC).

Los plazos para los recursos a que se refiere el apartado anterior, si fueran procedentes, comienzan a computarse desde el día siguiente a la notificación de esta resolución (artículo 267.9 de la LOPJ).» [la negrita es mía]

2.2.2 El recurso de apelación interpuesto por CAF y la impugnación formulada por FESUR. La sentencia de la Audiencia

Antes de las 15 horas del 16 de enero de 2013 CAF interpuso recurso de apelación. Tal y como subraya el Alto Tribunal, lo hizo *«dentro del plazo legal para interponerlo, de tomarse como dies a*

quo el siguiente a la notificación a CAF del auto desestimatorio de su solicitud de aclaración, rectificación o subsanación»¹⁴.

Sin embargo, el recurso fue inadmitido por Auto del Juzgado de 31 de enero de 2013, por entender que había sido presentado fuera de plazo.

El 25 de febrero de 2013 la Audiencia Provincial estimó el recurso de queja interpuesto por CAF frente al Auto del Juzgado, estimando que el recurso de apelación no se había interpuesto fuera de plazo.

FESUR, que había desistido del recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia de primera instancia, la impugnó cuando el recurso de apelación de CAF fue admitido a trámite.

La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por CAF: desestimó la demanda de FESUR y estimó parcialmente la reconvenición de CAF sólo en el sentido de declarar vigente el contrato de suministro. No estimó, por tanto, la acción de cumplimiento ejercitada por CAF frente a FESUR. En concreto, la Audiencia afirmó:

«En estas condiciones, es evidente que ha transcurrido con creces el plazo de entrega previsto en el contrato (la primera locomotora debía entregarse en noviembre de 2009), no siendo legítimo que, quien ha incumplido el contrato exija su cumplimiento a la otra parte cuando, transcurridos más de dos años, no se ha justificado que algunas de las locomotoras se encuentren aptas para la autorización de puesta en servicio y no ha efectuado el recorrido de fiabilización de la mayoría de ellas, sin perjuicio de que, una vez cumpla las obligaciones a su cargo, pueda hacerlo.

Por todo lo cual, procede revocar la sentencia de instancia, por única y exclusivamente a los efectos de declarar la vigencia del contrato de suministro.»¹⁵

En fin, la Audiencia desestimó la impugnación de FESUR por considerarla inadmisibile.

2.2.3 Los recursos de FESUR ante el Tribunal Supremo

Sólo FESUR recurrió la sentencia de la Audiencia. Y lo hizo mediante la interposición de un recurso extraordinario de infracción procesal, articulado en cinco motivos, y de un recurso de casación, articulado en cuatro motivos.

La lectura de dichos motivos¹⁶ pone de manifiesto que la recurrente buscaba una sentencia del Alto Tribunal con los siguientes tres pronunciamientos: 1) la validez de la resolución del contrato

¹⁴ FD.º 1, apartado 10.

¹⁵ FD.º 1.º, apartado 11 *in fine*.

¹⁶ Antecedente de Hecho 3.º.

de suministro¹⁷; 2) la condena de CAF a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la resolución anticipada de los contratos de financiación y de la celebración del contrato de préstamo del 30 de septiembre de 2010¹⁸; y 3) la declaración de que CAF había interpuesto el recurso de apelación fuera de plazo¹⁹.

Naturalmente, de haber estimado el Alto Tribunal el motivo primero de infracción procesal, en el que se articulaba la última de las pretensiones a las que me acabo de referir, no habría tenido el TS que descender al resto de las cuestiones, pues se habría confirmado la sentencia de Primera Instancia que, como ya se ha explicado, estimó la demanda de FESUR en el sentido que ha quedado expuesto. Pero, como veremos enseguida, no fue eso lo que ocurrió.

III. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

El Tribunal Supremo declara la resolución del contrato de suministro y condena a CAF a la restitución de la parte anticipada del precio y al pago de parte de la indemnización de los daños y perjuicios solicitada por FESUR. Además, el Alto Tribunal confirma la decisión de la Audiencia en el extremo relativo a que la interposición del recurso de apelación se había presentado dentro del plazo legal.

3.1 RESOLUCIÓN POR RETRASO

En el FD.º 6.º de la sentencia comentada el Alto Tribunal se ocupa de analizar si la situación de retraso en la que se encontraba CAF a fecha de 30 de septiembre de 2010, debiendo haber entregado la primera locomotora en noviembre de 2009, habilitaba a FESUR a resolver el contrato.

Es altamente recomendable tomar buena nota de la metodología empleada por el Tribunal Supremo para llevar a cabo dicho análisis. Porque lo que hace el Alto Tribunal es proporcionar una *hoja de ruta* para establecer, no sólo en este caso, sino en cualquier supuesto que lo exija, si un retraso en el cumplimiento de la obligación justifica la resolución del contrato. Y así:

1. En primer lugar, debe analizarse si las partes han pactado una cláusula resolutoria que contemple ese retraso como evento resolutorio.

¹⁷ Este parece ser el objetivo último de los motivos 2, 3, 4 y 5 de infracción procesal y los motivos 1, 2 y 3 de casación.

¹⁸ Motivo 4.º de casación.

¹⁹ Motivo 1.º de infracción procesal.

2. De no existir cláusula resolutoria, hay que valorar si nos encontramos ante un retraso esencial en sí mismo. Y para ello, continúa el Alto Tribunal, hay que tomar en consideración las siguientes pautas: (i) si el contrato está sometido a un término esencial y el retraso lo excede; o (ii) si el retraso manifiesta una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.

3. Si tras dicha valoración se llega a la conclusión de que el retraso no es esencial, hay que dar un paso más. Y aquí es donde reside la principal novedad de esta sentencia, cuyas palabras reproducimos literalmente:

«Aun a falta de cláusula resolutoria expresa, un retraso en el cumplimiento, aunque en sí mismo no sea esencial, justificará la resolución del contrato cuando, por su duración o sus consecuencias, ya no quepa exigir al acreedor conforme a la buena fe que continúe vinculado por el contrato.» [la negrita es mía]

El Tribunal Supremo explica uno a uno los criterios a los que acabo de aludir y los aplica al caso concreto que tiene entre manos, para concluir que la resolución procede, precisamente, conforme al tercero de los criterios indicados.

Con esta sentencia, el Alto Tribunal reordena, clarifica y precisa los criterios para declarar la resolución por retraso que ya se podían desprender de su jurisprudencia y sobre los que han informado los más importantes comentaristas del art. 1124 CC. Como enseguida se comprobará, en sus trabajos suelen reconocerse claramente los dos casos que el Alto Tribunal agrupa bajo la denominación de «retraso esencial» (*vid. infra.* § 3.1.2); mientras que la tercera de las categorías expresadas por el Alto Tribunal (retraso no esencial pero que, conforme a la buena fe, permite al acreedor la desvinculación del contrato) [*vid. infra.* § 3.1.3)] sólo en algunos trabajos se vislumbra.

Y así, MONTÉS PENADÉS²⁰ ya dejó escrito lo siguiente: «*La mora simple, concebida como un mero retraso, cuando la prestación continúa siendo útil al acreedor, no es causa de resolución. Pero en numerosas decisiones del Tribunal Supremo, y en el sentir de la mayor parte de la doctrina, cabe que la situación de mora, especialmente la mora culpable, muchas veces manifestada a través de lo que hemos denominado voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, determina, por sí misma, la resolución. Y con mayor motivo, la mora que frustra el fin práctico conseguido o que determina en el otro contratante un interés jurídicamente protegible, en que se produzca la resolución.*».

²⁰ MONTÉS PENADÉS, Vicente L.: «Artículo 1124 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, V. 1.º, Dir.: Manuel Albaladejo, Madrid, 1989, pp. 1171 a 1255, en p. 1242.

Clemente Meoro²¹, al referirse al retraso en el cumplimiento, explica: «Si la inexecución de la prestación se debe a causa imputable al deudor, la posibilidad de resolver dependerá de los siguientes criterios, según se desprende de la doctrina del Tribunal Supremo: a') El mero retraso en el cumplimiento, cuando la prestación continua siendo útil al acreedor, no es causa de resolución. En tales casos el Tribunal denegará la resolución o señalará plazo si existen causas justificadas, conforme al art. 1124.3 CC./b') Sin embargo, faculta para resolver el retraso en el cumplimiento que determina una frustración del fin práctico perseguido por el negocio, o un interés atendible en la resolución para el otro contratante ([...] incumplimiento de término esencial). c') También determinará la resolución el retraso en el cumplimiento que evidencie una “voluntad deliberadamente al cumplimiento”, pues el Tribunal Supremo ha acudido a tal criterio para distinguir el mero retraso involuntario o justificado, que implica voluntad y efectividad de posterior cumplimiento y, en consecuencia, ausencia de culpa, de la actividad culposa y decidida de no cumplir, que implica carencia de esa voluntad y, en definitiva, no retraso, sino incumplimiento./ Las sentencias que estiman la resolución en supuestos de retraso en el cumplimiento suelen fundamentar su fallo en la prolongada pasividad o inactividad del deudor».

Por su parte, San Miguel Pradera²² indica lo siguiente: «Tratándose de incumplimientos que plantean dudas respecto a su entidad (mero retraso, cumplimiento parcial o defectuoso), el TS recurre a fórmulas muy variadas para determinar la importancia del incumplimiento. Así, el TS afirma que, para que proceda la resolución, es necesario que haya “propio y verdadero” incumplimiento, que sea “esencial”, “de importancia y trascendencia para la economía del contrato. Otras veces declara que el incumplimiento ha de suponer “la falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes a través del contrato”, o “la frustración de las legítimas expectativas de las partes”, o “la quiebra de la finalidad económica del contrato”, “la frustración del fin práctico perseguido”; o bien, la frustración de un “interés legítimamente atendible” [...] En cuanto al retraso en el cumplimiento como causa de resolución, el TS declara la resolución cuando el retraso determina la frustración del fin práctico [supuestos de término esencial [...]]; o cuando existe un interés atendible en la resolución [prolongada inactividad del deudor [...]]; o bien cuando se evidencia una “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento”».

González Pacanowska²³ explica la resolución por retraso del siguiente modo: «8.2. La exigencia de estricto respeto al plazo pactado resulta ineludible allí donde por voluntad de las partes

²¹ CLEMENTE MEORO, Mario E.: «Artículo 1124 CC», *Código Civil comentado*, Dir. Ana Cañizares Laso, coord. Pedro de Pablo Contreras, Rosario Valpuesta Fernández, 2011, pp. 229 a 239, en p. 232.

²² SAN MIGUEL PRADERA, Lis P.: «Art. 1124», *Comentarios al Código Civil*, Dir. Andrés Domínguez Luélmo, Madrid, 2010, pp. 1247 a 1251, en pp. 1248-1249.

²³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Artículo 1124 CC», *Comentarios al Código Civil*, t. VI, Dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, 2013, pp. 8213 a 8261, en pp. 8221 y 8222.

—expresa o tácita— el tiempo de cumplimiento revistiera carácter de término esencial (propio o impropio), que ya de por sí revela su importancia para la finalidad contractual./El retraso también podrá ser resolutorio, aunque de la interpretación del contrato no resulte dicha esencialidad, en los siguientes casos. Primero, cuando sea debido a la negativa o a la pasividad o inactividad del deudor que, de algún modo, patentiza su voluntad obstativa o su desinterés en cumplir; en particular, y si la relación es de tracto duradero, el retraso que se produce ya desde el principio sustenta una resolución basada en la pérdida de confianza en la actuación de la parte contraria, sin que en tal caso una resolución “apresurada” denote ejercicio abusivo del derecho. Segundo, cuando determine la imposibilidad, inidoneidad o inutilidad de la prestación tardía o de la propia espera. Por último, cuando la tardanza ha sido lo suficientemente larga, conforme a los usos sociales, para considerar inexigible mayor paciencia en el acreedor; además, el hecho de haber tolerado en el pasado retrasos relativamente importantes en el pago de los plazos pendientes, no impide al vendedor instar la resolución ante nuevos impagos, ni su conducta, por tal razón, ha de estimarse abusiva o contraria a la buena fe».

Y Quicios Molina²⁴ afirma lo siguiente: «[...] el Tribunal Supremo entiende también relevante el retraso, a efectos de resolver el contrato, si frustra el fin económico del contrato, de modo que un retraso que no conduzca a este resultado no puede esgrimirse como causa de resolución».

3.1.1 Cláusula resolutoria expresa

Lo primero que hay que preguntarse a la hora de determinar si un retraso justifica la resolución del contrato es si las partes han otorgado trascendencia resolutoria al retraso, pactando una cláusula resolutoria para ese supuesto. En tal caso, afirma el TS, «no es necesario valorar si un mero retraso puede generar la resolución del contrato [pues] son las propias partes las que contractualmente determinan los efectos del incumplimiento»²⁵.

Recuerda, de este modo, el Alto Tribunal una línea jurisprudencial, que ya puede considerarse consolidada, en virtud de la cual «el art. 1255 CC permite a las partes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del CC tengan o no trascendencia resolutoria»²⁶.

²⁴ QUICIOS MOLINA, Susana: *Tratado de Derecho de Contratos*, Dir. Rodrigo Berco-vitz Rodríguez-Cano, Coord. Nieves Moralejo Imbernón y Susana Quicios Molina, 2013, p. 1530.

²⁵ FD.º 6.º.

²⁶ El TS cita las recientes SSTS 736/2015, de 30 de diciembre, 220/2016, de 7 de abril y la 104/2011, de 8 de marzo. Para más información sobre esta línea jurisprudencial, véase GREGORACI, Beatriz: *Cláusula resolutoria y control del incumplimiento*, 2015, pp. 34 a 45.

En el caso concreto analizado, «[1]a resolución del Contrato de Suministro que FESUR notificó a CAF el 30 de septiembre de 2010 no encuentra amparo en una cláusula resolutoria expresa».

El TS confirma, así, el criterio de la Audiencia²⁷ que, en contra de lo decidido por el Juzgado²⁸, consideró que el supuesto no encontraba encaje en la cláusula 21.º del contrato²⁹; en concreto:

«Nunca ha afirmado la ahora recurrente que se dio el segundo de dichos casos [contemplados en la mencionada cláusula]: penalizaciones que superasen el 10 % del importe del Contrato. Y tampoco se produjo el primero (“Transcurrido el plazo de 6 meses desde el inicio de las pruebas y por causas imputables a CAF sin resultados satisfactorios”), [...]»³⁰.

3.1.2 Retraso esencial

Si no hay cláusula resolutoria expresa que atribuya al acreedor la facultad de resolver por retraso, para que el retraso justifique la resolución «es necesario que reúna determinadas condiciones, que se resumen en la exigencia de que sea esencial»³¹.

Para establecer si un retraso es de carácter esencial, el Alto Tribunal utiliza los parámetros que le proporcionan los textos de Derecho Privado Uniforme y de Derecho Privado Europeo³², pará-

²⁷ Vid. FD.º 1, apartado 11.

²⁸ Vid. FD.º 1, apartado 8.

²⁹ Reproducida *supra* § 2.1.1.

³⁰ El primer motivo del recurso de casación iba dirigido a combatir la interpretación de la mencionada estipulación por parte de la Audiencia. FESUR afirmó que la Audiencia interpretó dicha cláusula de manera manifiestamente contraria a su literalidad al entender que impedía a FESUR resolver el contrato hasta que las penalizaciones pactadas en la cláusula 17.ª superasen el 10 % del precio del mismo. El TS desestimó el recurso porque «[b]asta una somera lectura de la sentencia recurrida para constatar que la Audiencia a quo no ha interpretado la estipulación Vigésimoprimera del modo en que FESUR afirma que lo ha hecho [...] ni siquiera declara[n] que, para que FESUR pudiera resolver el Contrato de Suministro por causa de retraso en la entrega de las locomotoras, sería necesario que las penalizaciones por demora rebasasen ya el 10 % del importe del Contrato». Y reproduce a continuación parte del escrito de oposición al recurso de la parte recurrida: «en ningún momento se afirma por la Sala de apelación que FESUR no estuviera legitimada para resolver el contrato en caso de retraso en la entrega de las locomotoras salvo que las penalizaciones por demora superasen el 10 % del importe del contrato, ni mucho menos se entiende por la sentencia recurrida que FESUR no pueda resolver el contrato en caso de incumplimiento grave y reiterado de sus obligaciones contractuales por parte de CAF [...]».

³¹ STS 104/2011, de 8 de marzo (citada por el Alto Tribunal).

³² Como es sabido, en todos los textos que se citan, el incumplimiento esencial justifica la resolución del contrato: art. 9:301 (1) PDEC, arts. 49.1 (a) y 64.1 (a) CISG, art. 7.3.1. (1) Principios UNIDROIT, III.-3:502 (1) DCFR y arts. 114 y 134 CESL.

La cita de estos textos es ya una constante en nuestra jurisprudencia. Sobre ello, *vid.* VENDRELL CERVANTES, Carles: «The application of the Principles of European Contract Law by the Spanish Courts», *ZEuP*, núm. 3, 2008, pp. 534 a 538; PERALES VISCAYLLAS, Pilar: «Aplicación jurisprudencial de los principios de derecho contractual europeo», *Derecho Privado Europeo, estado actual y perspectivas de futuro* (Jornadas en la Univer-

metros que, además, y como acertadamente subraya el TS, están presentes en la jurisprudencia de la Sala 1.^a.

(i) *Existencia de un término esencial*

El retraso es esencial en los llamados «negocios a fecha fija» o contratos con «término esencial». El razonamiento del Tribunal Supremo en este punto es el siguiente:

En primer lugar, el Alto Tribunal aporta una definición de lo que debe entenderse por contratos con término esencial:

«Dejando aparte aquellos en los que el referido término es “absoluto” u “objetivo”, cuyo incumplimiento provoca obviamente la imposibilidad sobrevenida de la prestación (sin duda causa de resolución), esos contratos se caracterizan porque el acreedor ha comunicado al deudor al tiempo de celebrarlos, o se desprende de las circunstancias entonces concurrentes, que el interés sustancial del acreedor en el contrato está supeditado a que el deudor realice la prestación en una determinada fecha o dentro de un plazo determinado expresado en el propio contrato.»

En segundo lugar, el Tribunal Supremo explica por qué en estos casos el retraso es esencial:

«Inmediatamente se deduce que, cuando así haya sucedido, el retraso –la falta de cumplimiento del deudor en aquella fecha o dentro del expresado plazo– privará sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, habiendo el deudor previsto, o podido prever, en el momento de su celebración que su retraso produciría dicho resultado. [...]»

En tercer lugar, el Alto Tribunal llega a los textos de Derecho Privado Europeo y Uniforme; y lo hace para encajar el supuesto analizado (aquel en que el retraso excede el término esencial) en uno de los casos que dichos textos consideran incumplimiento esencial: en concreto, en el previsto en el apartado (b) del art. 8:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PDEC), en el art. 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), en el apartado 2 (a) del artículo 7.3.1. de los Principios UNIDROIT, en el apartado 2 (a) del III.-3:502 del Marco Común de Referencia (DCFR) y en el

sidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007), Coord. M.^a del Rosario Díaz Romero, M.^a Pilar Pérez Álvarez, Cristina García Grewe, Carmen Jerez Delgado, Alma María Rodríguez Guitián, María Eugenia Rodríguez Martínez y Carlos Varela Gil, 2008, pp. 453 a 500.

En este caso concreto, también la Audiencia empleó uno de los textos, en concreto, los PDEC (*vid.* FD.º 1.º, núm. 11); aunque, como más adelante observa el TS, si los hubiera analizado más exhaustivamente, su fallo habría sido otro (*vid. infra*, nota 36).

apartado 2 (a) del art. 87 de la Propuesta de Reglamento sobre compraventa³³ (CESL)³⁴.

Concluye el Alto Tribunal afirmando que «[a] *esta causa de resolución es a la que mejor conviene la expresión “frustración del fin o de la finalidad económica del contrato”, tan usada en nuestra actual jurisprudencia.*»

Para el Alto Tribunal en el caso concreto no hubo retraso esencial por frustración del fin del contrato ya que el plazo de los 6 meses a contar desde la fecha de la entrega de las locomotoras no podía considerarse un término esencial. Son dos las razones esgrimidas por el Alto Tribunal para llegar a dicha conclusión: en primer lugar, que en el propio contrato se establecieron penalizaciones por retraso; en segundo lugar, que CAF no aceptó dicho plazo como término esencial cuando se estableció en los Contratos de Leasing y en el Contrato de Crédito, celebrados entre las entidades financieras y FESUR, como causa de resolución o vencimiento anticipado de dichos Contratos³⁵.

En cuanto a las penalizaciones por retraso, afirma el Alto Tribunal:

«Sobre si el Contrato de Suministro, en cuanto al calendario de entrega de las locomotoras, podía calificarse de contrato con término esencial, la respuesta de la Audiencia a quo ha sido negativa, habida cuenta de que se establecieron expresamente en el mismo penalizaciones por retraso.

Ciertamente, el mero hecho de que, en un contrato de compraventa o de suministro, se establezcan penalizaciones por retraso en la entrega de las cosas objeto del contrato, en modo alguno permite deducir que se haya excluido que el retraso pueda llegar a ser causa de resolución; pero sí puede constituir un sólido indicio de que la fecha o el plazo de entrega no se quiso como término esencial [por ejemplo, STS 891/2006, de 22 de septiembre (Rec. 5034/1999)]. Además, si se quiso así, o no, es una cuestión de interpretación del contrato, que es función propia de la Sala de instancia [por todas, SSTS 150/2016, de 10 de marzo (Rec. 42/2014) y 205/2016, de 5 de abril (Rec. 670/2014)]. Y en el motivo primero del recurso de casación de FESUR se impugna una interpretación de la estipulación Vigésimoprimera del Contrato de Suministro, erróneamente atribuida por la ahora recurrente a la Audiencia a quo, que nada tiene que ver con la cuestión de si se estableció, o no, en él un término esencial para la entrega de las locomotoras.»

³³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa [COM (2011) 635 final].

³⁴ Y así, valga por todos la reproducción del apartado (b) del art. 8:103 PDEC, que reza como sigue: «*A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if: (b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result [...]*».

³⁵ *Vid. supra* § 2.1.1.

Obsérvese que para el Tribunal Supremo el pactar penalizaciones por retraso no implica automáticamente que se prive del carácter esencial al retraso, sino que puede «*constituir un sólido indicio de que la fecha o el plazo de entrega no se quiso como término esencial*».

Es importante también poner de relieve que el Alto Tribunal no podía separarse de la interpretación de la Audiencia, que consideró que las partes no habían incluido término esencial en el contrato. Si la recurrente quería que el Alto Tribunal entrara, al menos, a revisar el criterio de la Audiencia, tenía que haber combatido este extremo concreto de su interpretación; pero, como subraya el propio Tribunal, no fue eso lo que hizo.

La existencia de un término esencial que facultara a FESUR para resolver el contrato tampoco se extrae de las causas de resolución o vencimiento anticipado contenidas en los contratos de financiación. Y ello porque:

«Los Contratos de Financiación se celebraron el 22 de diciembre de 2008, más de un año después del Contrato de Suministro, que no contenía referencia alguna a la financiación de las obligaciones de pago que FESUR contraía: como ha señalado con acierto la ahora recurrida, este dato desbarata el intento de la recurrente de asimilar el caso de autos al decidido por la Sentencia de esta Sala 309/2013, de 26 de abril (Rec. 155/2001)³⁶. Y respecto a la prueba de lo que CAF pudo conocer aquél 22 de diciembre de 2008, ya nos hemos pronunciado en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente sentencia. Sin duda CAF vino a saber ese día que FESUR había obtenido financiación para atender las obligaciones de pago asumidas en el Contrato de Suministro, que estaba estructurada sobre la propiedad y, por tanto, la entrega por CAF de las locomotoras. Pero no hay base objetiva para afirmar que CAF conoció en esa fecha el tenor de las cláusulas de resolución o vencimiento anticipado de los Contratos de Financiación de los que no fue parte.

Ni para sostener que CAF aceptó –ni el 22 de diciembre de 2008 ni después– que la cancelación anticipada de la financiación por aplicación de las referidas cláusulas comportase la frustración del fin del Contrato de Suministro a los efectos de su resolución por parte de FESUR. No aceptó, en otras palabras, incorporar

³⁶ En el caso resuelto por dicha sentencia las partes celebraron un contrato de compraventa de vivienda en construcción; en el propio contrato se preveía la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Dicha subrogación no se pudo producir por el retraso en la entrega de la vivienda: ésta, prevista para 2007, no se ofreció hasta 2008, momento en que la entidad financiadora se opuso a la subrogación, por la crisis económica existente. El Alto Tribunal afirmó en dicha sentencia que «[e]l plazo fue esencial en el caso, en cuanto coincidió con el hecho notorio de la crisis económica, que impidió la aceptación bancaria en la subrogación del préstamo hipotecario». Probablemente el dato que desbarata la asimilación de este caso al decidido por el TS en la sentencia ahora analizada es que en la sentencia citada por la recurrente la financiación para la adquisición de la vivienda se preveía en el propio contrato de compraventa.

como término esencial al Contrato de Suministro el evento resolutorio de los Contratos de Leasing y el Contrato de Crédito.»

Obsérvese que al haberse celebrado los contratos de financiación más de un año después del contrato de suministro CAF no podía saber, por hipótesis, en el momento de la celebración del contrato de suministro, que la falta de entrega de las locomotoras en un plazo superior a los 6 meses, contados desde la fecha prevista en el contrato, frustraría las legítimas expectativas de FESUR por implicar el corte de la financiación. Lo anterior significa que en el caso concreto no se cubre de ninguna manera uno de los requisitos establecidos en los textos arriba reproducidos para considerar frustradas las expectativas del acreedor como consecuencia del retraso: que para el deudor sea previsible *en el momento de la celebración del contrato* que el retraso provocaría dicha frustración³⁷. El único modo para, en este supuesto concreto, suplir esta carencia, habría sido la incorporación del término esencial al contrato de suministro cuando se celebraron los contratos de financiación, lo que, como afirma el Alto Tribunal, no se produjo ni el propio 22 de diciembre de 2008, ni después.

(ii) *Retraso que manifiesta una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento*

Sabido es por todos que el Tribunal Supremo ha superado la jurisprudencia que exigía la concurrencia de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento para conceder la resolución³⁸.

³⁷ En los textos más recientes (DCFR y CESL) se establece expresamente que el requisito de la previsibilidad debe darse en el momento de la celebración del contrato: así, en el III.- 3:502 DCFR podemos leer: «*A non-performance of a contractual obligation is fundamental if: (a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to foresee that result*» [la negrita es mía]. Y en el art. 87 CESL se dice: «*Un incumplimiento de una obligación por una parte será esencial si: 1. (a) priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto ese resultado;*». [La negrita es mía].

Aunque la CISG, los PDEC y los UNIDROIT Principles no establecen expresamente en los preceptos correspondientes que la previsibilidad debe darse en el momento de la celebración del contrato [art. 25 CISG, art. 8:103 (b) PDEC y 7.3.1. (2) (a) UNIDROIT Principles], este requisito se extrae de los comentarios (véase, sobre la CISG las abundantes referencias a este tema en SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, 2004, p. 459, nota 279; UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts, 2010, pp. 250 y 251; Principles of European Contract Law, Parts. I and II, Prepared by the Commission on European Contract Law, ed. By O. Lando and H. Beale, 2004, p. 365).

³⁸ Por todos, SAN MIGUEL PRADERA, *op. cit.*, 2010, p. 1248, y QUICIOS MOLINA, *op. cit.*, 2013, p. 1530.

Pues bien, lo que nos indica el Alto Tribunal en esta sentencia, es que el retraso que revele una voluntad deliberadamente rebelde del deudor al cumplimiento podrá ser uno de los casos, pero no el único, que justifique la resolución por retraso; y que es causa de resolución porque cabe incluirlo dentro de la categoría de los retrasos esenciales. El TS sigue en este punto, una vez más, la estela de los modernos textos del Derecho de Obligaciones. En efecto, afirma:

«En fin, la causa de resolución de la “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento”, tradicional en la jurisprudencia de esta Sala, aparece también, en otros términos pero con análogo significado, en el apartado (c) del artículo 8:103 PDEC, a cuyo tenor es “esencial” el incumplimiento que sea “intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte”. En el apartado 2(b) del artículo III.-3:502 DCFR, se equipara al incumplimiento intencionado el “gravemente culpable”. Y el apartado 2(b) del artículo 87 de la Propuesta de Reglamento sobre compraventa se refiere a un incumplimiento “de tal naturaleza como para que resulte evidente que no se puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte cumplidora”». [La negrita es mía].

En el caso concreto resuelto por el TS la resolución tampoco puede basarse en la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento: siguiendo el criterio de la Audiencia, el Alto Tribunal señala que el incumplimiento por CAF de los plazos contractualmente previstos para la entrega de las locomotoras no fue producto de una decisión o estrategia deliberada de CAF, que diese motivos a FESUR para entender que ya no podría contar en el futuro con la entrega de aquéllas.

En cualquier caso, y como recuerda el TS, FESUR en ningún momento fundó su resolución en la causa ahora analizada³⁹.

3.1.3 Retraso no esencial resolutorio: inexigibilidad, conforme a la buena fe, de continuar vinculado al contrato

¿Cabe la resolución del contrato aunque el retraso no sea esencial? Los textos de Derecho Privado Europeo y Uniforme⁴⁰ respon-

³⁹ En el FD.º 3.º puede leerse: «Y es lo cierto que FESUR no afirmó en su comunicación resolutoria de 30 de septiembre de 2010, ni siquiera en los escritos directores del proceso, que fuera ésa [la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento], expresada con las mismas u otras palabras, la causa por la que decidió resolver el Contrato de Suministro [...] Y es lo cierto que FESUR jamás ha imputado a CAF tal decisión o estrategia deliberada de abandonar el cumplimiento del Contrato de Suministro.»

⁴⁰ Que el propio Tribunal cita: arts. 8:106 (3) PDEC, III.-3:503 DCFR, 115 CESL y 49 en relación con el 47.1 CISG. Y que no leyó la Audiencia, a pesar de haber empleado los PDEC, como se desprende de las siguientes y elocuentes palabras del TS: «Si la Audien-

den afirmativamente a esta cuestión pero establecen un requisito para ello: la concesión de un plazo adicional al deudor para cumplir⁴¹.

Como el propio TS reconoce, «[e]l Código Civil español –a diferencia de otros muchos europeos– no contempla la institución del “plazo adicional”⁴²; pero –añade el propio TS– la imprescindible finalidad a la que sirve no puede quedar desatendida».

Y es por esto que el Tribunal declara lo siguiente:

«Aun a falta de cláusula resolutoria expresa, un retraso en el cumplimiento, aunque en sí mismo no sea esencial, justificará la resolución del contrato cuando, por su duración o sus consecuencias, ya no quepa exigir al acreedor conforme a la buena fe que continúe vinculado por el contrato»⁴³.

Y continúa el TS:

«Para los supuestos en que el incumplimiento consiste en un retraso, dicha formulación, aunque inevitablemente imprecisa, resulta más expresiva que las usuales invocaciones a la frustración del fin o la finalidad económica del contrato, o de los legítimos intereses del acreedor, a que éste tenga un interés jurídicamente atendible en la resolución».

Aunque, hasta donde llega mi conocimiento, es la primera vez que el Alto Tribunal realiza unas afirmaciones de este tenor, es posible vislumbrar la *ratio* que subyace en ella en algunas sentencias anteriores.

La STS de 22 de diciembre de 2014⁴⁴ resolvió un contrato de compraventa de dos viviendas con parking, celebrado entre dos

cia a quo hubiera continuado su examen de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, habría encontrado en su artículo 8 :106 un apartado 3 del siguiente tenor: [...].»

⁴¹ Se trata de la figura del *Nachfrist*. Sobre ella en el Derecho comparado, véase SAN MIGUEL PRADERA, *op. cit.*, 2004, pp. 453 a 476. En concreto, y en relación con los textos de Derecho Uniforme, afirma la autora citada: «El requisito de la concesión del plazo al deudor antes de poder declarar la resolución se establece para los casos en los que existiendo incumplimiento, éste no tiene carácter esencial», *op. cit.*, 2004, p. 459.

⁴² Sí la contempla la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos en su artículo 1200 I. A favor de adoptarla en nuestro Ordenamiento se han pronunciado diversos autores, entre los que cabe citar a SAN MIGUEL PRADERA (*op. cit.*, 2004, pp. 477 a 480), RODRÍGUEZ ROSADO (*Resolución y sinalagma contractual*, 2013, p. 230) y FENOY PICÓN («La *Nachfrist*, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña», *ADC*, 2015, fasc. III, pp. 801 a 1082, en particular, p. 1066).

⁴³ En el año 1991 el hoy Magistrado del TS y Ponente de esta sentencia dejó escrito lo siguiente: «[...] la resolución por incumplimiento [...] requiere sólo que la entidad y circunstancias del incumplimiento sean tales que razonablemente, de acuerdo con las exigencias de la buena fe contractual, no quepa seguir exigiendo a la parte cumplidora, o dispuesta a cumplir, que continúe vinculada por el contrato [...]», «El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», *ADC*, 1991, pp. 1047 y 1048.

⁴⁴ Núm. 744/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.

sociedades. La obligación de entrega de las mencionadas viviendas se encontraba incumplida tras el transcurso de tres años desde el plazo previsto en el contrato para la entrega. La sociedad compradora había pagado parte del precio; significativo era también que cuando se dictó la sentencia de Primera Instancia todavía no estaba terminado el edificio en el que se ubicaban las viviendas. El TS declaró:

«Por ello, sea cual sea su razón, el incumplimiento definitivo –al que se equipara un retraso tal [sic] prolongado en la entrega, como el que se ha producido– puede dar lugar a la resolución contractual prevista en el artículo 1124 del Código Civil cuando se trata de obligaciones bilaterales, incluso en los supuestos en que el incumplimiento no fuera imputable al deudor, pues no puede obligarse al otro contratante –que ha cumplido o está dispuesto a cumplir– a permanecer vinculado al contrato indefinidamente hasta que aquél esté en condiciones de satisfacer su prestación. De ahí que, aun cuando pudiera exonerarse al deudor de responsabilidad derivada del incumplimiento –por caso fortuito o fuerza mayor– en todo caso habría quedado alterado sustancialmente el cumplimiento del contrato de compraventa, con efecto tan negativo para el comprador como es un retraso tan notable para la entrega, lo que sin duda ha de facultarle para pedir la restitución de la parte de precio satisfecha y renunciar definitivamente a la entrega del inmueble». (FD.º 3.º)⁴⁵ [La negrita es mía].

La STS de 5 de noviembre de 2013⁴⁶ habló de «frustración de las legítimas expectativas del acreedor» en un caso en el que la obligación de obtener la licencia de primera ocupación se cumplió con 10 meses de retraso. Se trataba de un contrato de compraventa de vivienda y plaza de garaje en el que el plazo pactado para la entrega de la vivienda fue de 18 meses contados desde la celebración del contrato. El vendedor vio denegada su solicitud de licencia de primera ocupación: el Ayuntamiento le requirió para que aportara el boletín de instalador eléctrico y certificado de Iberdrola, que el vendedor obtuvo 9 meses después de la fecha pactada para la entrega. Aunque la sentencia de Primera Instancia desestimó la demanda de resolución interpuesta por el comprador, el TS declaró la resolución afirmando lo siguiente:

«Pues bien, ocurre en este caso que vendedor y comprador habían pactado como plazo máximo de entrega el 19 de abril de 2008 (18 meses a partir de la firma del contrato), lo que constituye a dicha fecha vinculante para las partes contratantes, siendo así que en ese momento no se había obtenido la licencia de primera ocupación, que fue concedida el 20 de febrero de 2009, sin que la parte vendedora haya desplegado en el proceso actividad pro-

⁴⁵ Idéntica fundamentación cabe encontrar en la STS núm. 741/2014, de 19 de diciembre (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller) en la que se declaró la resolución en un caso de compraventa de vivienda celebrada entre una promotora y dos matrimonios (compradores), demorándose la entrega de las viviendas más de un año.

⁴⁶ Núm. 684/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

batoria alguna para demostrar que el retraso en la misma no tuviera que ver con irregularidades que frustraran finalmente su otorgamiento, todo lo cual, para esta Sala, viene valorándose como razón justificada para amparar la pretensión resolutoria del comprador en tanto que esa incertidumbre ha de entenderse que, en buena lógica, frustra sus razonables expectativas contractuales». (FD.º 2.º)⁴⁷ [La negrita es mía].

A falta de más datos, cabe extraer que lo que sucedió en el caso resuelto por la STS de 30 de julio de 2009⁴⁸ fue que los arquitectos se retrasaron en la entrega del anteproyecto para la construcción de un centro parroquial: siendo el plazo de entrega acordado de 3 meses, no se dice en la sentencia a cuánto ascendió el retraso. Pero el Alto Tribunal consideró bien hecha la resolución instada por el centro parroquial, y su razonamiento fue el que sigue:

«[...] Cabe añadir que no en vano el artículo 1256 del Código Civil dispone que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes y, si adolece de nulidad la disposición contractual que así lo establece, tampoco puede aceptarse que por vía de hecho alguna de ellas incumpla, sin justificación, el plazo convencionalmente señalado para el cumplimiento, **máxime cuando –como ocurre en el caso– se trataba de una relación de trabajo profesional que había de seguirse de otras actuaciones posteriores, siendo razonable que la parte que ve frustradas sus expectativas de cumplimiento de los plazos marcados de común acuerdo experimente una pérdida de confianza en la actuación de la parte contraria que se sitúa en la base de la decisión resolutoria y que se encuentra amparada en la norma del artículo 1124 del Código Civil salvo los casos en que el ejercicio de una resolución apresurada denote un ejercicio abusivo del derecho, contrario**

⁴⁷ En idéntico sentido se pronunció la STS núm. 429/2013, de 11 de junio (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos). Pero en este caso no consta que la licencia de primera ocupación se obtuviera finalmente. Se trataba, en el caso resuelto por esta sentencia, de un contrato privado de compraventa de inmuebles en construcción celebrado el 9 de noviembre de 2003: el 30 de diciembre de 2005 era la fecha pactada para el otorgamiento de escritura pública y entrega de las viviendas (se incluía un plazo de gracia que finalizaba el 28 de febrero de 2006). El 16 de noviembre de 2005 se obtuvo el certificado final de obra, que fue visado el 30 de noviembre de 2005. El 2 de diciembre de 2005 la promotora solicitó la licencia de primera ocupación. El 28 de diciembre de 2005 la parte compradora remitió correo electrónico a la promotora en el que expresaba su insatisfacción y su negativa a cumplir los pagos con fundamento en circunstancias (principalmente la falta de construcción de un campo de golf colindante a las viviendas) que conllevaban la imposibilidad de cumplir su propósito inicial de revender los inmuebles. El 18 de enero de 2006 la parte compradora remitió burofax interesándose por el estado de las obras del campo de golf ante el temor de que no estuvieran concluidas en la fecha máxima prevista de entrega de las viviendas. El 16 de febrero de 2006 la vendedora contestó que el campo de golf colindante constituía un proyecto independiente. El 27 de febrero de 2006 la vendedora comunicó la solicitud de la licencia de primera ocupación y emplazó a la compradora a otorgar escritura pública el 30 de marzo de 2006. Expirado el período de gracia concedido a la vendedora, la compradora comunicó el 15 de marzo de 2006 a la vendedora por conducto notarial su voluntad resolutoria por incumplimiento del plazo de entrega, entendiendo en tal sentido que no era exigible esperar a que la licencia de primera ocupación se obtuviera una vez agotado el plazo de entrega convenido.

⁴⁸ Núm. 578/2009. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

a los postulados de la buena fe (artículo 7 del Código Civil) [...]». (FD.º 3.º) [La negrita es mía].

En la STS de 19 de noviembre de 1990⁴⁹ la obligación incumplida era la del pago del precio aplazado en un contrato de compraventa de vivienda de un piso en construcción. Significativo es que a la fecha de presentación de la demanda, el precio debía estar totalmente pagado y la situación era que de los 5.003.000 pesetas, la compradora había satisfecho solo 1.443.500 pesetas. Declaró el TS la resolución del contrato afirmando que:

*«No siendo de olvidar al respecto que cuando la norma del párrafo 2 del artículo 1124 se refiere a que el cumplimiento resultare imposible para poder optar por la resolución, no alude desde luego a una imposibilidad material, sino que puede incluir, entre otros supuestos, a la sobrevenida por el transcurso de largo tiempo sin cumplir el comprador su prestación en la forma pactada, lo que aconteció en el caso debatido y ello hace alejarse indefinidamente el resultado perseguido por la contraparte y sus legítimas expectativas en el cumplimiento debido del contrato al arbitrio de una de las partes, lo que prohíbe el art. 1256 del Código Civil; y **al haber transcurrido con mucho exceso el tiempo en que la representación debió ser realizada, no es jurídicamente viable una espera indefinida y sin esperanza de que el comprador cumpla lo pactado.**»* (FD.º 3.º)⁵⁰ [La negrita es mía].

En el caso resuelto por la STS de 14 de diciembre de 1983⁵¹, se trataba de la adquisición de un automóvil turismo de RENFE en la subasta de un lote de vehículos dejados de cuenta por haber sufrido desperfectos en su transporte. El vehículo se entregó sin permiso de circulación y el comprador sufrió una espera prolongada de la decisión administrativa procedente al efecto. El Alto Tribunal declaró la resolución del contrato, no sin antes declarar que:

«[N]o puede llegarse a otra consecuencia que la expuesta de dar paso a la pretensión resolutoria general del art. 1124, enfatizando en la posibilidad de obtener la matriculación y autorización para circular por alguno de los cauces propuestos por la entidad demandada quién [sic], en trance de serlo, ofreció al actor matricular el turismo a su propio nombre y posteriormente cedérselo, ni sirve el de esperar la eventual resolución favorable en la vía administrativa emprendida o en la subsiguiente vía jurisdiccional que reconozca finalmente la concurrencia en RENFE de la condición de “órgano administrativo” a los fines del ap. “b” de la prescripción 2.ª del art. 1.º de la O. de 7 de octubre de 1971 [...]; pues, en efecto, o la imposibilidad para la matriculación y autorización existían ya al tiempo de la subasta [...] o cuando menos introduce

⁴⁹ Núm. 693/1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.

⁵⁰ En idéntico sentido se pronunció la STS de 26 de junio de 1990 [(núm. 403/1990). Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz] en el que la obligación incumplida también consistía en el pago del precio aplazado de un piso.

⁵¹ RJ 1983, 6939. Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso.

una nota de inseguridad al par que frustra o afecta profundamente al fin práctico perseguido por el comprador al celebrar el contrato y que indudablemente era el de servirse inmediatamente del turismo para sus actividades [...] imposibilidad temporal que conlleva considerable retraso y el efecto de imprimir a la prestación eventualmente realizable la nota de no servir para el fin, al menos con el grado previsto de utilidad, por lo que carece de sentido y autoriza que el acreedor pueda acudir al recurso exoneratorio de la facultad genérica que le atribuye el art. 1124 invocado en el motivo, siquiera no resulte imposibilidad absoluta, pues ciertamente no puede sujetársele al acreedor a una espera indefinida y sujeta a su vez a las vicisitudes de la impugnación del acto administrativo denegatorio de la autorización para circular». (CDO. 5.º)⁵² [la negrita es mía]

En fin, en la STS de 10 de marzo de 1983⁵³, se declaró la resolución de un contrato de compraventa en el que el comprador no había pagado ninguno de los plazos señalados a partir de la celebración del contrato de compraventa. Y afirmó el Alto Tribunal:

«[S]i bien es cierto que la doctrina de esta Sala exige para la resolución de la compraventa no sólo el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sino, además, que tal incumplimiento exteriorice la indicada voluntad rebelde a su cumplimiento, también lo es que tal rebeldía puede ponerse de manifiesto, entre otros medios, por la **prolongada inactividad o pasividad del deudor**, frente al puntual cumplimiento de sus obligaciones por la otra parte [...]» (CDO. 1.º) [La negrita es mía].

En este caso concreto el Alto Tribunal considera que el 30 de septiembre de 2010 no cabía exigir a FESUR conforme a la buena fe que continuase vinculada al contrato de suministro. Conviene empezar señalando que el Alto Tribunal no aprecia en el caso la procedencia de la *exceptio inadimpleti contractus* invocada por CAF en la instancia⁵⁴. Sentado lo anterior, los factores que conducen al Alto Tribunal a declarar bien hecha la resolución son los siguientes: 1) el carácter considerable (aunque no esencial) del

⁵² Sentencia, la que acabo de explicar, que PANTALEÓN PRIETO citó en el siguiente contexto: «Lo criticable de las posiciones de Jordano Fraga, por lo que a la resolución por incumplimiento respecta, queda asimismo patente al comprobarse que, desde ellas, el retraso en el cumplimiento de una de las obligaciones sinalagmáticas, no imputable a su deudor, nunca podrá servir a causa a la otra parte, mientras objetivamente conserve interés en la prestación retrasada, para liberarse de su obligación, o recuperar [la] prestación ya efectuada; ni ipso iure, ni mediante el ejercicio de la facultad de resolución. Pero, véase, por ejemplo, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1983», *op. cit.*, 1991, pp. 1048 y 1049.

⁵³ RJ 1983, 1467. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno.

⁵⁴ «En la sentencia recurrida se rechaza expresa y fundadamente la reiterada alegación de CAF de que su retraso en la entrega de las locomotoras fue debido al incumplimiento por FESUR de sus obligaciones de aprobar el estudio global de seguridad contra incendios y de aceptar los riesgos exportados al operador.»

retraso; 2) la falta de tolerancia del retraso por parte de FESUR; 3) el incumplimiento del deber de cooperación por parte de CAF; y 4) la existencia de hechos posteriores al 30 de septiembre de 2010 que corroboran la procedencia de la resolución.

(i) *Carácter considerable del retraso*

Para el Tribunal Supremo, el que no quepa calificar al retraso de esencial no es óbice para tildarlo de «retraso muy considerable» para las exigencias del tráfico mercantil, teniendo en cuenta que el objeto del contrato eran unos bienes cuyo destino era el emprendimiento con ellos de una actividad empresarial para exigencias propias del tráfico mercantil.

(ii) *La falta de tolerancia del retraso por parte del acreedor*

FESUR no consintió el retraso, a pesar de que no puso en marcha el mecanismo previsto en la estipulación Tercera del contrato de suministro⁵⁵ y de que no se comprometió a prestar servicios a terceros.

Por un lado, el pacto de la mencionada estipulación no estaba pensado para el caso de que CAF se retrasara en la entrega de las locomotoras, sino que se preveía como solución transitoria para el caso de que FESUR necesitara iniciar el servicio comercial antes de la fecha contratada para la entrega de las dos primeras locomotoras.

Por otro lado, si FESUR no se comprometió a prestar servicios a terceros no fue porque consintió el retraso de CAF «sino, a lo más, [por]que se adaptó transitoriamente al mismo, no comprometiéndose a prestar a terceros servicios de transporte ferroviario estando en una situación de gran incertidumbre sobre si podría, o no, llegar a prestarlos tempestivamente; y, al margen de la razón por la que FESUR no disponía de vagones, parece prudente en cualquier caso no tener los vagones antes que las locomotoras».

Señala, además, el Alto Tribunal, que FESUR dejó bien claro el límite de su tolerancia al retraso de CAF:

«no, la llegada de una fecha cierta [pues no había término esencial] ni el transcurso de un plazo adicional determinado [pues no cabe hablar en este caso de Nachfrist], sino que, a causa del retraso, resultara cancelada anticipadamente la financiación con la que FESUR contaba para atender las obligaciones de pago que había asumido en el Contrato de Suministro.»

⁵⁵ Vid. *supra* § 2.1.1. La Audiencia aludió a este hecho en su sentencia (vid. FD.º 1.º, apartado 11).

Reitera, así, el Alto Tribunal la idea que subyace a todo su razonamiento: aunque no se haya pactado un término esencial, aunque nuestro Ordenamiento no reconozca expresamente la figura del *Nachfrist* hay un momento en que al acreedor no se le puede exigir conforme a la buena fe que continúe vinculado: en este caso concreto el límite era la caída de la financiación. Límite, éste, que FESUR dejó bien claro a CAF en las comunicaciones que hubo entre las partes entre los años 2009 y 2010 y sobre las que enseguida volveré.

(iii) *El incumplimiento del deber de cooperación por parte de CAF*

Entiende el Alto Tribunal que CAF no cumplió con el deber de cooperación que le correspondía, recogido en los arts. 57 CCO, 1:202 PDEC y III.-1:104 DCFR, pues no dio respuesta a las expresas peticiones de FESUR de que le proporcionara las fechas ciertas que necesitaba. Y así, puede leerse en la sentencia lo siguiente:

«Bien sabía CAF para qué había obtenido FESUR la financiación que corría el riesgo de perder como consecuencia del retraso en la entrega de las locomotoras. Y del hecho cierto de que CAF no hubiera aceptado que la suerte del Contrato de Suministro dependiera de la suerte de la repetida financiación, no cabe extraer la consecuencia de que eso la exoneraba de todo deber de buena fe relacionado con la suerte de esa última».

De las elocuentes palabras del TS se desprende que, si bien no se incorporó la causa de vencimiento anticipado, prevista en los contratos de financiación, como término esencial en el contrato de suministro, la comunicación de su existencia por parte de FESUR a CAF en el intercambio de comunicaciones habido entre las partes a lo largo de 2009 y 2010⁵⁶ justificó el surgimiento a cargo de CAF de un deber de cooperación que se concretaba en el señalamiento de fechas ciertas que permitieran a FESUR renegociar la financiación. Fechas que, como ya se ha señalado, nunca fueron facilitadas por CAF.

(iv) *Hechos posteriores que corroboran la procedencia de la resolución*

El TS toma finalmente en consideración una serie de hechos posteriores a la resolución declarada por FESUR que corroboran su procedencia⁵⁷. En concreto:

⁵⁶ *Vid. supra* § 2.1.2.

⁵⁷ Y lo hace porque, como señala la STS núm. 219/2015, de 3 de junio (Rec. 1938/2013), citada por el propio Tribunal en la sentencia ahora comentada, «[l]a

1. *La persistencia en el incumplimiento.* El Alto Tribunal recuerda que a la fecha de interposición de la demanda reconvenicional por parte de CAF ninguna de las locomotoras había obtenido la autorización de puesta en servicio⁵⁸. Fue con posterioridad, el 21 de diciembre de 2011, cuando se concedió la autorización de puesta en servicio de (sólo) la primera de las locomotoras. Y el 15 de febrero de 2012 (es decir, 2 años y 2 meses después de la fecha prevista en el contrato para la entrega de la última de las locomotoras) podían considerarse aptas para la autorización de puesta en servicio las locomotoras 2, 3, 5 y 6, quedando pendientes de decidir sobre las características a reevaluar las locomotoras 4, 7, 8 y 9.

2. *La (inadecuada) reacción de CAF ante la resolución del contrato por parte de FESUR.* Indica el Alto Tribunal que si CAF entendió que la resolución del Contrato de Suministro que FESUR le comunicó el 30 de septiembre de 2010 no era ajustada a Derecho debió de haber actuado de una de las dos siguientes maneras: a) resolver ella misma el Contrato, por haber manifestado FESUR su voluntad seria y definitiva de tenerlo por terminado, y exigir a ésta indemnización de daños y perjuicios en la medida del interés de CAF en el cumplimiento de dicho Contrato (el llamado «interés contractual positivo»); o b) exigir el cumplimiento⁵⁹ apresurándose a obtener, por lo menos, las autorizaciones de puesta en servicio de las nueve locomotoras. Pero, como señala el Alto Tribunal, sólo la obtuvo para la primera de ellas, más de dos años después de la fecha pactada en el Contrato de Suministro para su entrega «lista para prestar servicio».

3. *La (inadecuada) reacción de CAF tras la sentencia de la Audiencia.* FESUR alegó que la decisión de la Audiencia en la sentencia recurrida había colocado a ambas partes «en una especie de

resolución debe basarse en hechos anteriores que justifican esta pretensión, pero su justificación puede quedar corroborada por hechos posteriores, debidamente incluidos en el trámite de alegaciones correspondiente».

Pueden encontrarse más casos en la jurisprudencia en los que, a pesar de que el Alto Tribunal no realiza una afirmación tan explícita como la que se acaba de transcribir, declara la resolución teniendo en cuenta, de hecho, acontecimientos posteriores al momento en que una de las partes ejerció extrajudicialmente la facultad resolutoria. Véase, a título de ejemplo, las SSTs 333/2015, de 15 de junio (Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz), 115/2015, de 4 de marzo (Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz) 741/2014, de 19 de diciembre (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller), 7/2014, de 17 de enero (Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz) y 223/2011, de 12 de abril (Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).

⁵⁸ Recuérdense los hitos del proceso de homologación de las locomotoras, explicados por el TS y reproducidos en la nota 11.

⁵⁹ El TS deja apuntado que, de haberse calificado el contrato como contrato de obra, CAF no habría tenido esta opción (*vid.* art. 1594 CC). Pero este extremo (el de la calificación del contrato) parece que no se discutió. Lo que, en cierto modo sorprende, ya que CAF se obligó, no sólo a suministrar las locomotoras, sino también a construirlas (*vid. supra* § 2.1.1).

limbo», en una situación «kafkiana», pues el Contrato de Suministro no estaba resuelto pero FESUR no estaba condenada a cumplirlo⁶⁰. La respuesta de CAF a esa alegación tendría que haber sido, en palabras del TS, «*que la misma sentencia acaba diciendo que CAF, cuando cumpla las obligaciones a su cargo, podrá exigir a FESUR el cumplimiento del Contrato; y que ella [CAF] ya lo ha hecho así*». Sin embargo, a tenor de lo expresado por el Alto Tribunal en su sentencia, la respuesta de CAF consistió en alegar de nuevo la *exceptio inadimpleti contractus* que, como ya se ha dicho, había sido desestimada por la Audiencia (contra cuya sentencia CAF no interpuso recurso alguno), en informar de que sólo se habían homologado dos locomotoras con la colaboración de otro operador ferroviario interesado en utilizarlas y en apuntar que no había otro operador interesado en explotar las otras siete locomotoras. Concluye el TS:

«Es posible que CAF haya entendido que dicha sentencia [la de la Audiencia] le autoriza a pedir a FESUR que cumpla el Contrato de Suministro si y cuando ella finalmente consiga, sin límite de tiempo alguno, homologar las otras siete locomotoras con la colaboración de operadores ferroviarios diferentes de FESUR. Pero esa Sala no puede aprobar tal enormidad.

La conducta de CAF en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes de buena fe derivados del Contrato de Suministro hasta la fecha (30 de septiembre de 2010) en la que FESUR le comunicó su decisión del resolverlo, no merece un resultado tan extremo. Y la conducta posterior de CAF en orden al cumplimiento del mismo Contrato corrobora la procedencia de que esta Sala declare ajustada a Derecho la resolución del Contrato de Suministro por incumplimiento de la ahora recurrida.»

3.2 INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

El Tribunal Supremo condena a CAF a parte de la indemnización de los daños y perjuicios solicitada por FESUR: la de los daños relacionados con tres de los contratos de financiación (con todos, menos con el Contrato de Cobertura de tipos de interés) y con el contrato de préstamo que tuvo que celebrar FESUR el mismo día que resolvió el contrato con CAF⁶¹.

A partir de la lectura del fundamento dedicado a la indemnización de daños (el 7.º), se puede afirmar que en este ámbito la sentencia trata dos grandes cuestiones: la primera, la medida de la indemnización a la que el acreedor tiene derecho cuando resuelve

⁶⁰ *Vid. supra* § 2.2.2.

⁶¹ *Vid. supra* § 2.1.3.

el contrato; la segunda, la relación de causalidad que necesariamente debe existir entre el incumplimiento y el daño indemnizable.

Como inmediatamente se comprobará, el lector atento se encontrará en esta parte de la sentencia con pequeños enigmas, que el Alto Tribunal no necesita resolver para solucionar el caso concreto, pero que deja apuntados.

3.2.1 La medida del interés indemnizable en caso de resolución

Como indica Fenoy Picón, «[...] se ha discutido si, resuelta la relación contractual, la indemnización al acreedor tiene por fin situarle en la posición que tendría si no hubiera celebrado el contrato (interés negativo; justificado ello en la eficacia retroactiva de la resolución) o situarle en la posición que tendría si el contrato se hubiera ejecutado correctamente (interés positivo), habiendo defensores tanto de una como de otra solución; también se sostiene que el acreedor pueda optar entre el interés negativo y el positivo»⁶².

En teoría, lo que más conviene al contratante que resuelve es que la indemnización tome como base el interés positivo, pues, como se ha dicho⁶³, «de ordinario el contratante que resuelve no querrá que todo suceda como si el contrato resuelto nunca se hubiera celebrado, sobre la base de que, de ordinario, no será él quien haya hecho un mal negocio con el contrato en cuestión».

Pues bien, en este caso concreto, el contratante que resolvió (FESUR) optó por solicitar la indemnización del interés negativo.

A la vista de la relación de los hechos, cabe intuir que FESUR no había celebrado ningún contrato con terceros; pero que ello se debió, precisamente, a la situación de incertidumbre en la que CAF le colocó. Afirma el TS que «[FESUR] se adaptó transitoriamente al mismo [al retraso], no comprometiéndose a prestar a terceros servicios de transporte ferroviario estando en una situación de gran incertidumbre sobre si podría, o no, llegar a prestarlos tempestivamente; [...]»

Parece claro, entonces, que convenía mucho más a los intereses de FESUR solicitar la indemnización en la medida del interés negativo.

Pero sorprende que CAF no intentara combatir dicha pretensión invocando aquellas opiniones doctrinales que defienden que

⁶² FENOY PICÓN, Nieves: «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *ADC*, 2011, fasc. IV, p. 1614.

⁶³ PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, 1989, fasc. IV, p. 1166.

no es que el acreedor *pueda* solicitar la indemnización en la medida del interés positivo, sino que *debe* hacerlo en dicha medida⁶⁴. La estrategia de CAF fue, en cambio, invocar la infracción del art. 1107. I CC alegando que los daños solicitados no eran indemnizables por no haber sido razonablemente previsibles para CAF al tiempo de contratar. A ello me referiré inmediatamente.

3.2.2 La relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño indemnizable

El Tribunal Supremo se enfrenta a esta cuestión en dos momentos: por un lado, cuando analiza el escrito de oposición de CAF en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios; por otro lado, al revocar el pronunciamiento del fallo de la sentencia del Juzgado que condenaba a CAF a indemnizar a FESUR los daños relacionados con los Contratos de Cobertura de tipos de interés.

En relación con el primer punto y en lo que aquí interesa, el Alto Tribunal declara lo siguiente:

«[...] CAF pudo razonablemente prever, al tiempo de la celebración del Contrato de Suministro, que FESUR buscaría algún tipo de financiación para atender a las obligaciones de pago que contraía, y que los gastos que de la misma se derivasen para FESUR resultarían plenamente “frustrados” o “hundidos” en caso de que el contrato se resolviera sin que FESUR hubiese podido explotar ninguna de las locomotoras. Y eso basta para satisfacer el requisito de la previsibilidad, al tiempo de la celebración del contrato, de los daños y perjuicios causados, si se asume –como lo han asumido ambas partes– que el referido requisito es también aplicable cuando la indemnización se pide en la medida del “interés de confianza” o “interés contractual negativo”.» [La negrita es mía].

Como es sabido, la previsibilidad es uno de los criterios de imputación objetiva que limitan el daño indemnizable en la responsabilidad contractual; se trata, en concreto, del criterio del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad, siendo dicha norma el contrato⁶⁵. Pues bien, el texto que he resaltado en negrita plantea, a mi juicio, de manera más o menos explícita, un «enigma» que, sin embargo, el Alto Tribunal no necesita resolver en el caso concreto porque ninguna de las partes había suscitado la cuestión; parafraseando al TS, estaría planteando la siguiente pregunta: ¿es aplicable el requisito de la previsibilidad cuando la

⁶⁴ Véase SOLER PRESAS, Ana: *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, 1998, pp. 83 y 84 y la doctrina que allí se cita.

⁶⁵ PANTALEÓN PRIETO, Fernando: *op. cit.*, 1991, p. 1026. MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, 2010, p. 164.

indemnización solicitada se pide en la medida del interés contractual negativo? En otras palabras, ¿es la regla del art. 1107 I CC aplicable a todo deudor de buena fe o exclusivamente a aquel (deudor de buena fe) que debe indemnizar el daño en la medida del interés contractual positivo?

Como ya he señalado, y se desprende del texto arriba reproducido, en el caso concreto resuelto por la sentencia, la respuesta a las preguntas anteriores no habría cambiado la decisión final del Tribunal Supremo ya que considera que los daños solicitados eran previsibles para CAF al momento de contratar.

En fin, la falta de relación de causalidad entre el incumplimiento, que justifica la resolución, y los daños relacionados con los Contratos de Cobertura de tipos de interés, es la razón que subyace a la desestimación de la petición de FESUR en este punto concreto. Y así, el Alto Tribunal declara a este propósito:

«[L]a causa de que las liquidaciones y cancelación de los Contratos de Cobertura hayan resultado o puedan resultar negativas para FESUR ha sido y en su caso será la evolución de los tipos de interés, no la resolución del Contrato de Suministro. No debe, pues pechar CAF con las pérdidas que sufra FESUR porque la aleatoriedad propia de aquel tipo de contratos haya venido o venga a jugar en su contra.»

3.3 LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO PARA INTERPONER RECURSO DE APELACIÓN

En el primero de los motivos del recurso por infracción procesal FESUR alegó que la admisión a trámite del recurso de apelación formulado por CAF contra la sentencia de primera instancia le había producido indefensión. Como ya se ha indicado, el TS desestima el motivo.

La cuestión fundamental que el Alto Tribunal debía dilucidar es cuál debía ser el *dies a quo* para interponer el recurso de apelación: el día en que la sentencia de Primera Instancia se notificó a las partes; o el día en que el Juzgado notificó a CAF el auto desestimatorio de su solicitud de aclaración, rectificación o subsanación. De tomar la primera de las fechas citadas como *dies a quo*, CAF habría interpuesto el recurso de apelación fuera de plazo; en caso contrario, sin embargo, lo habría presentado dentro del plazo legal para interponerlo.

El Alto Tribunal entiende que lo solicitado por CAF no fue una solicitud de corrección de errores materiales y subraya que «una solicitud de parte de corrección de errores materiales manifiestos

nunca podrá servir para reabrir plazos para interponer recursos contra una sentencia ya devenida firme [...]». Su decisión final se basa, además, en los siguientes argumentos: 1) la falta de indefensión de FESUR; 2) la ausencia de fraude de ley procesal; y 3) la expresión del *dies a quo* en el auto del Juzgado. Y así:

La mera admisión a trámite de un recurso de apelación por CAF, motivada en dos ocasiones por la Audiencia⁶⁶, no produce indefensión a FESUR.

No cabe apreciar fraude de ley procesal en la presentación por CAF de su solicitud de aclaración, rectificación o subsanación del fallo de la sentencia de primera instancia. Y ello, por dos razones: en primer lugar, porque existía una contradicción entre los números 7 y 13 de la sentencia⁶⁷ que, en palabras del propio Tribunal, «*cualquier abogado prudente habría intentado, al menos, que el Juzgado despejara [...]»*⁶⁸; y, en segundo lugar, porque la representación de CAF presentó la solicitud de aclaración dentro del plazo previsto en el art. 214.2 LEC y «*no retrasó artificialmente su presentación, alegando que los errores materiales manifiestos –si la contradicción arriba referida pudiera calificarse de tal– pueden ser rectificadas en cualquier momento»*⁶⁹.

En fin, como ya se ha dejado dicho⁷⁰ el propio Juzgado en su auto desestimatorio de la solicitud de aclaración, rectificación o subsanación presentada por CAF, expresó que el *dies a quo* para interponer recurso de apelación comenzaba a contar desde el día siguiente al de la notificación de dicho auto. Concluye el Alto Tribunal, con cita de la STC 256/2006, de 11 de septiembre, que «*sería CAF la que habría tenido o tendría una queja fundada de vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, si finalmente su recurso de apelación no hubiera sido admitido a trámite, o si esta Sala decide ahora que debió haberse inadmitido [...]»*.

⁶⁶ Recuérdese que la Audiencia resolvió un recurso de queja interpuesto por FESUR y que volvió a tratar del asunto en la sentencia. *Vid. supra* § 2.2.2.

⁶⁷ Se trataba, como se recordará, de la condena a CAF al pago de las penalizaciones por retraso. *Vid. supra* § 2.2.1.

⁶⁸ FD.º 2.º.

⁶⁹ Conforme al apartado 3 del art. 214 LEC: «*Las aclaraciones a que se refiere el apartado anterior podrán hacerse de oficio, por el Tribunal o Secretario judicial, según corresponda, dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución, o a petición de parte o del Ministerio Fiscal formulada dentro del mismo plazo, siendo en este caso resuelta por quien hubiera dictado la resolución de que se trate dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración.*» [La negrita es mía].

Sin embargo, el siguiente apartado del mismo precepto establece: «*Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones de los Tribunales y Secretarios Judiciales podrán ser rectificadas en cualquier momento.*» [La negrita es mía].

⁷⁰ *Vid. supra* § 2.2.1.

IV. CONCLUSIONES

Comencé este comentario recomendando a todo operador jurídico que deba enfrentarse con la institución de la «Resolución», que tenga muy presente esta sentencia. Realizado su análisis en las líneas anteriores, avanzaré, ahora, cuáles son las principales ideas que dicho hipotético operador jurídico no debería olvidar:

1. El retraso que objetivamente no es esencial puede justificar la resolución del contrato cuando, conforme a la buena fe, no quepa exigir al acreedor que continúe vinculado al contrato⁷¹.

2. El acreedor que quiera resolver por retraso invocando la razón expuesta en el punto anterior hará bien en dejar claro a la otra parte del contrato dónde se sitúa su límite a la tolerancia del retraso⁷².

3. Existe un deber de cooperación que todo contratante está obligado a cumplir de acuerdo con la buena fe y cuyo incumplimiento puede ser un importante indicio a tener en cuenta cuando se quiera valorar si procede la resolución por retraso en virtud de la causa expuesta en el punto número 1⁷³.

4. El retraso que manifieste una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento es una de las posibles causas de resolución (que no la única); y lo es porque en este caso el retraso es esencial⁷⁴.

5. El contratante que reciba una comunicación resolutoria por retraso de su contraparte y no esté de acuerdo con ella hará bien en: (a) resolver ella misma el contrato con petición de indemnización de daños y perjuicios; o (b) apresurarse a cumplir⁷⁵.

6. En la valoración sobre si una resolución ha estado bien hecha cabe tener en cuenta hechos posteriores a la declaración resolutoria que corroboren su procedencia⁷⁶.

La lectura de la sentencia comentada plantea también una importante cuestión: el criterio de la previsibilidad del daño, contemplado en el art. 1107. I CC para los casos de responsabilidad contractual, ¿se aplica también cuando la indemnización se solicita en la medida del interés negativo? O, por el contrario, ¿limita los daños indemnizables sólo cuando se piden en la medida del interés positivo?

⁷¹ *Vid. supra* § 3.1.3.

⁷² *Vid. supra* § 3.1.3. (ii).

⁷³ *Vid. supra* § 3.1.3 (iii).

⁷⁴ *Vid. supra* § 3.1.2.

⁷⁵ *Vid. supra* § 3.1.3 (iv).

⁷⁶ *Vid. supra* § 3.1.3 (iv).

Cuando una STS destaca de entre las numerosas que cada año publican los repertorios de jurisprudencia es, bien por ser una muy buena sentencia, o bien por tratarse de una muy lamentable decisión. A mi juicio, las razones por las que esta sentencia merece ser destacada son las siguientes:

1. El Alto Tribunal clarifica, ordena y precisa criterios que, hasta ahora, estaban dispersos. En el tema concreto de la resolución por retraso se recoge de manera ordenada, sistemática y completa los criterios conforme a los cuales hay que decidir si procede o no declararla. Y el TS se preocupa por explicarlos pormenorizadamente.

2. El TS utiliza los textos de Derecho Privado Europeo y Uniforme y, además, establece correspondencias entre lo que dichos textos dicen y lo que cabe extraer de la jurisprudencia del TS sobre la resolución del contrato por retraso. Demuestra, así, claramente que la Sala 1.^a del TS no es (ni ha sido) ajena a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos.

3. En la sentencia se narran pormenorizadamente los antecedentes de hecho y no hay ni un solo razonamiento teórico que no quede claramente conectado con los hechos del caso; en otras palabras, tras su lectura se entiende lo que pasó, lo que se pidió, cómo se pidió y cómo decidió el tribunal resolver el conflicto concreto que ante él se presentaba.

Decida el lector si éstas son razones para alabar una sentencia. Quien escribe no tiene ninguna duda al respecto.



Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Universidad Autónoma de Madrid), **Isué VARGAS BRAND** (Universidad Autónoma de Madrid)

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Préstamo hipotecario. Responsabilidad de los fiadores por las cantidades no cubiertas en la ejecución hipotecaria. Retraso desleal en el ejercicio de su derecho al cobro por la acreedora de tales importes: no procede cuando el dilatado transcurso del tiempo no ha creado la razonable confianza en el deudor de que tales importes no serían reclamados.–El

retraso desleal en el ejercicio de un derecho, que opera necesariamente antes de que se cumpla el plazo de prescripción del ejercicio de la acción, se fundamenta específicamente en que constituye una de las formas típicas de actos de ejercicio extralimitado de los derechos que lleva consigo una contravención del principio de buena fe (art. 7.1 CC). De manera que para su aplicación se requiere, además de la natural omisión del ejercicio del derecho y del transcurso de un dilatado periodo de tiempo, que suponga una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza creada en el deudor acerca de la no reclamación del crédito. Confianza, por ende, que debe surgir necesariamente de actos propios del acreedor a tal efecto encaminados (STS 15 de junio de 2012). Dichas circunstancias no concurren en el presente caso porque, quedó acreditada la interrupción del plazo de prescripción de la acción que, al margen de apurarse al máximo, se acompañó de negociaciones con las partes para el cobro de la cantidad pendiente. Lo que prueba a las claras que la entidad bancaria no llevó a cabo actos propios de los que pudiera derivarse una fundada creencia o convicción de su renuncia o condonación de la deuda. Ni cabe tampoco oponer la satisfacción del interés del acreedor con la adjudicación del bien, cuya revalorización con el paso del tiempo no elimina el hecho indubitado de que la ejecución patrimonial no trajo consigo la plena extinción de la relación obligatoria, que ha quedado aún pendiente de cumplimiento. (STS de 1 de abril de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La entidad BBVA demandó a los fiadores del deudor principal en reclamación de diversas cantidades (principal, intereses y costas), que quedaron sin abonar tras el procedimiento de ejecución del bien sobre el que se había constituido la garantía hipotecaria del préstamo concedido. Los demandados alegaron, entre otras cosas, la caducidad de la ejecución *ex* artículo. 518 LEC así como el ejercicio desleal del derecho, toda vez que entre el auto de archivo del procedimiento (enero de 1993) y la reclamación a los fiadores habían pasado 17 años; amén de que con el bien adquirido por el Banco en la ejecución hipotecaria, dado el tiempo transcurrido, se habría satisfecho sobradamente el interés económico de la acreedora. La demanda fue estimada en primera instancia pero la Audiencia Provincial de Bilbao acogió el recurso de apelación de los demandados, al considerar que se había producido un retraso desleal en el ejercicio de su derecho por la actora. El Tribunal Supremo casó la sentencia y estimó la acción entablada.

NOTA.—La doctrina del retraso desleal, con una clara tipificación en el derecho alemán a través de la *Verwirkung*, está en íntima relación con el principio de buena fe y el deber de los contratantes de actuar con probidad, pues es precisamente la buena fe la herramienta con la que calibrar las legítimas expectativas que el comportamiento de un contratante genera justificada y razonablemente en el otro. Al contrario que en el caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo sí aplicó esta doctrina en su STS de 12 de diciembre de 2011, también en el marco del ejercicio tardío por una entidad bancaria de la pretensión de cobro de la parte pendiente de la deuda (principal e intereses) tras la ejecución hipotecaria (a destacar las sobresalientes observaciones que hace de esta sentencia el Profesor GARCÍA CANTERO, *Anuario*, 2013-II, p. 946). Sobre las dificultades

para establecer el carácter objetivo de la expectativa o convicción del deudor de que la deuda no será exigida, v. VAQUER ALOY y CUCURULL SERRA, *¿Solvencia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la Verwirkung en el juicio ejecutivo*, InDret, 278, 2005; y MACÍAS CASTILLO, *Inexistencia de retraso desleal en el ejercicio de un derecho de crédito*, PDD, 91, 2011, pp.83-84. (L. A. G. D.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

2. Cláusulas no negociadas en contratos con consumidores y vicios del consentimiento.—La ausencia de vicios del consentimiento en un contrato predispuesto por el profesional no es óbice para que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas cuando, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato (arts. 3.1 Directiva 93/13/CEE y 82.1 TRLGDCU).

Caracterización de una cláusula como condición general o como «no negociada».—Para que una cláusula de un contrato concertado con un consumidor pueda considerarse «no negociada» y, por tanto, le sea aplicable la Directiva 93/13/CEE y la normativa nacional que la desarrolla (TRLGDCU), basta con que esté predispuesta e impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario. Tales requisitos se recogen en el artículo 3.2 Directiva 93/13/CEE cuando establece que «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión». El carácter impuesto de una cláusula no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas, cuando todas ellas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por parte del consumidor medio (STS de 9 de mayo de 2013). Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas —y se excluya el control de abusividad— no alcanza con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de «condiciones particulares» o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado ni con afirmar, sin más, en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. La exclusión de la cláusula del control de abusividad requiere que el profesional o empresario justifique las razones excepcionales que le condujeron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor y que pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación, así como las contrapartidas que ese específico consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario.

Concepto de consumidor en contratos de préstamo.—Que el dinero prestado no sea destinado a bienes de primera necesidad resulta irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor, toda vez que el artículo 2.b Directiva 93/13/CEE entiende por consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno

a su actividad profesional. El artículo 3 TRLDGCU, por su parte, considera consumidor a las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Control de abusividad de la cláusula de intereses moratorios en contratos de préstamo.—La cláusula que establece el interés de demora es susceptible de control de abusividad, además de control de transparencia (STS de 9 de mayo de 2013), por no figurar incluida dentro del ámbito de aplicación del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, el cual sólo prevé el control de transparencia —pero no el de abusividad— sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato. La cláusula de intereses moratorios no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre precio y contraprestación, sino que regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (art. 1.108 CC).

Cláusulas abusivas de intereses moratorios e indemnización de daños causados por el incumplimiento del contrato.—El incumplimiento, por parte del consumidor prestatario, de su obligación de pago de las cuotas de amortización no justifica poder aplicar cualquier consecuencia a tal incumplimiento. Resulta admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor —como la cláusula de intereses moratorios— establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor (que en ningún caso pueden ser los derivados del ejercicio de la acción judicial, puesto que éstos se ven resarcidos por la condena en costas), y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Sin embargo, no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusiva, que la indemnización ascienda a una suma desproporcionadamente alta (art. 85.6 TRLDGCU).

Abusividad de la cláusula de intereses moratorios en contratos de préstamo sin garantía real.—En contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio pactado.

Consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo.—La consecuencia de la apreciación de abusividad de la cláusula de intereses moratorios no debe consistir en la moderación de dicho interés hasta uno considerado aceptable. Ello sería una «reducción conservadora de la validez» (*geltungserhaltende Reduktion*) y el tenor del artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE —junto con la interpretación reiterada de éste por el TJUE en sentencias como la de 14 de junio de 2012— reza que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. La abusividad tampoco puede implicar el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal (art. 1.108 CC). La consecuencia radica simplemente en la supresión del incremento que supone el tipo de interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada. Ello con independencia de que el prestatario haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado. (STS de 24 de abril de 2015; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Banco Santander interpone el 7 de julio de 2011 demanda de juicio ordinario contra don Cirilio, por impago de un préstamo personal por importe de 12.729,61 euros, celebrado y documentado en póliza intervenida por notario el 26 de noviembre

de 2007 y con vencimiento el 26 de noviembre de 2012. La cantidad prestada devengaba un interés anual nominal del 11,80 % (TAE 14,23 %) y se había fijado un interés de demora del 21,80 % anual nominal. Por tanto, la cláusula de interés de demora suponía la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés ordinario. Don Cirilio había dejado de abonar las cuotas de amortización del préstamo desde abril de 2008 y Banco Santander da por vencido anticipadamente el préstamo el 21 de mayo de 2010, liquidando lo adeudado en 16.473,76 euros. En la demanda se reclama esa cantidad junto con 4.942,13 euros por intereses moratorios pactados al 21,80 %.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda. Respecto del interés de demora entiende que no resulta abusivo porque únicamente se superaba el interés remuneratorio en diez puntos porcentuales. La Audiencia Provincial dicta sentencia por la que estima el recurso de apelación de don Cirilio, revoca la sentencia y le condena a pagar 16.473,76 euros más los intereses legales, absolviéndole del pago de la cantidad de 4.942,13 euros solicitada en concepto de interés de demora. La Audiencia Provincial considera la cláusula de intereses moratorios nula por abusiva y la tiene por no puesta. Para ello se vale, con carácter orientativo, de los criterios manejados por el legislador en supuestos próximos a los actuales artículos 20.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, y 89.7 TRLGDCU. Razona que el interés de demora establecido en el préstamo superaba en más de cuatro veces el interés legal del dinero en el año 2007 (5 % anual), y lo considera abusivo. El Banco Santander interpone sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. El recurso de casación es estimado en parte, porque la solución adoptada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, en cuanto a que continúe devengándose el interés remuneratorio al persistir la causa motivadora de su devengo –la entrega del dinero al prestatario y la disposición por éste de la suma entregada–, es más favorable para el Banco Santander que la acordada por la Audiencia Provincial. El fallo de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo estriba en la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio.

NOTA.–Las cláusulas que definen el objeto principal del contrato son excluidas del control de abusividad (art.4.2 Directiva 93/13/CEE), pero son sometidas al doble control de transparencia (STS de 9 de mayo de 2013), el cual consiste en que, además del control de incorporación (transparencia gramatical), el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la *carga económica* que asume. El artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («[...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), ya que la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor que le priva de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado representándose fielmente el impacto económico derivado de contratar con una u otra empresa. En ese caso, estas condiciones generales sí pueden ser declaradas abusivas por alterar subrepticamente el equilibrio sub-

jetivo entre precio y prestación (STJUE de 30 de abril de 2014 y STS de 23 de diciembre de 2015).

Respecto de los préstamos hipotecarios, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha mantenido el criterio establecido en esta resolución para los préstamos personales, esto es, que la nulidad de la cláusula de intereses moratorios afecta al exceso respecto del interés remuneratorio pactado, sin que el artículo 114.3 LH (triple del interés legal del dinero) sirva como pauta al control judicial de las cláusulas abusivas (STS de 23 de diciembre de 2015). En esta línea, el Auto del TJUE de 17 de marzo de 2016 ha reiterado que los artículos 3.1 y 4.1 Directiva 93/13/CEE no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional. (A. I. R. A.)

3. Condiciones generales de contratación. Cláusula suelo en préstamo hipotecario. Cláusula abusiva. Efectos de la declaración de nulidad. Doctrina de la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.—La Sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013 declaró la irretroactividad de los efectos de la sentencia de nulidad de la cláusula suelo abusiva en los siguientes términos:

1.º En principio, la regla general es que la ineficacia de los contratos —o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste— exige destruir sus consecuencias y borrar las huellas como si no hubiese existido y evitar así que de las mismas se deriven efectos, de conformidad con el artículo 1303 CC, en el mismo sentido la STS de 13 de marzo de 2012, así como al sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013.

2.º No obstante la regla general de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, destacando de entre ellos el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

3.º La limitación de la retroactividad no es algo anómalo, novedoso o extravagante, así lo atestigua el artículo 106 de la LRJAP, también el Tribunal Constitucional ha limitado los efectos retroactivos de las declaraciones de inconstitucionalidad (SSTC 16 de junio de 1994, 23 de octubre y 14 de diciembre de 1995, 12 de febrero de 1996 y 28 de mayo de 2011) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplicando el principio de seguridad jurídica, ha limitado la retroactividad cuando concurren dos criterios esenciales, la buena fe de los interesados y el riesgo de trastornos graves (STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58).

4.º Los elementos básicos de la decisión de la Sala sobre la irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo se encuentran en los principios de seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves.

Existencia de riesgo de trastornos graves de orden público.—El riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, nace de la suma de dinero a devolver derivado de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto.

Valoración de la buena fe de los círculos interesados.—La buena fe de los interesados tiene que valorarse a tenor de las siguientes circunstancias: a) La licitud de la cláusulas suelo; b) Su inclusión en los contratos responde a

razones objetivas; c) No son cláusulas inusuales o extravagantes; d) Su utilización fue tolerada durante mucho tiempo por el mercado; e) La condena a cesar en su uso y a eliminarlas por abusivas, no se debe a la ilicitud de sus efectos sino en la falta de transparencia; f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de la sentencia; g) No consta infracción de las exigencias reglamentarias de la OM de 5 de mayo de 1994; h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde a mantener un rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; i) La cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos; j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

Concepción psicológica de la buena fe.—Los argumentos anteriores se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la STS del Pleno de 9 de mayo de 2013.

Desaparición de la buena fe tras la publicación de la STS, Pleno, de 9 de mayo de 2013.—A partir de la STS del Pleno de 9 de mayo de 2013 desaparece la buena fe, puesto que, una mínima diligencia permite conocer las exigencias jurisprudenciales en materia de suministro de información al consumidor sobre las cláusulas suelo. (**STS de 25 de marzo de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

HECHOS.—La parte actora ejercitó una acción individual referida a una cláusula suelo, en donde se instaba la declaración de nulidad de la cláusula y además se solicitaba la devolución de las cantidades cobradas de más en virtud de su aplicación. El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad de la cláusula y condenó a la entidad financiera a la devolución del importe cobrado hasta la fecha de la presentación de la demanda. A pesar de tener conocimiento de la STS del Pleno 9 de mayo de 2013, la Audiencia Provincial desestima el recurso presentado. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.—Se formuló voto particular por el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhirió el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, en el que se propugna, de conformidad a la naturaleza y función de las condiciones generales, del control de la abusividad y de la acción ejercitada, la devolución de las cantidades pagadas desde el momento de la perfección o celebración del contrato. En ese sentido, se sostiene que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las cantidades pagadas y su atribución al predisponente. En caso contrario, se transmite el mensaje de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia sin sanción alguna. (*C. O. M.*)

4. Fundamento jurídico del control de transparencia de las cláusulas suelo.—El Tribunal Supremo ha declarado en muchas ocasiones la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, sobre todo aquellos que contienen las llamadas «cláusulas suelo». El control de transparencia no se refiere al equilibrio de las contraprestaciones, sino que tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez dos extremos: a) la carga económica que supone para él el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener); b) la carga jurídica del mismo (la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo).

El clausulado de un contrato con consumidores debe estar redactado de tal forma que permita a éstos conocer realmente su contenido. De ahí que el control de transparencia implique: 1) que las cláusulas tengan una redacción comprensible; 2) que se hayan utilizado caracteres tipográficos legibles; 3) que no se usen cláusulas que impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

Por tanto, la cláusula suelo debe ser objeto de un control de transparencia que vaya más allá del control de incorporación, verificando que: 1) la información suministrada permite al consumidor saber si se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y puede incidir de forma importante en el contenido de su obligación de pago; 2) que el adherente puede tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega en la economía del contrato. La razón que ha llevado al Alto Tribunal a considerar abusivas las condiciones generales que establecían la cláusula suelo, no era el desequilibrio entre el suelo y el techo, sino la falta de transparencia en el establecimiento del suelo por debajo del cual no bajaría el tipo de interés variables pactado.

Criterios para aplicar el control de transparencia.—Según el Tribunal Supremo, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios —hoy derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios—, trataba de garantizar razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor. Sin embargo, el cumplimiento de dicha norma no garantizaba, por sí solo, la necesaria transparencia de las condiciones generales que recogían la cláusula suelo.

El apartado 3 del anexo II de la Orden imponía que cuando se establecieran límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresaran dichos límites en términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo, cuando pudieran expresarse así al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo, o de cualquier otro modo, siempre que resultara claro, concreto y comprensible por el prestatario, y fuera conforme a Derecho. No imponía: a) que suelo y techo se incluyeran en una misma cláusula; b) que se hiciera creando la apariencia de que el suelo tenía como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

Por otro lado, la inserción de una condición general no transparente supone un perjuicio para el consumidor adherente cuando, como consecuencia de la fuerte bajada de los tipos de referencia, el interés que paga por el préstamo hipotecario sea superior al que resultaría de la aplicación de los diferenciales más altos ofertados por entidades financieras competidoras, que no incluyan en los clausulados de sus préstamos la «cláusula suelo». El consumidor debe poder hacer una comparación adecuada con otras ofertas de préstamos, teniendo en cuenta no sólo el importe del diferencial que debe sumarse al índice de referencia, sino también la existencia o no de un suelo por debajo del cual nunca bajará el tipo de interés, y conocer adecuadamente su posición jurídica y económica derivada del contrato que suscribe. La entidad financiera no puede alegar la imposibilidad de hacer simulaciones de escenarios diversos, pues se contradiría con la afirmación del Banco de España, en un informe que presentó al Senado, proponiendo que se hicieran.

Acciones colectivas y control de transparencia.—No es cierto que el control de transparencia sólo pueda ser apreciado caso por caso, pues ese entendimiento sería incompatible con la regulación española y comunitaria de la acción colectiva. Las acciones colectivas tienen una gran importancia en el control de las cláusulas abusivas utilizadas en contratos concertados con consumidores (*vid.* arts. 12 y ss. LCGC, y 53 y ss. TRLGDCU). A la hora de hacer un control abstracto de validez de las condiciones generales, debe tomarse en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa. Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como garantiza el artículo 51.1 CE. La posibilidad de tal control abstracto está más que justificada: a) por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos; b) por la utilización por el predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa.

Intervención del Notario.—Conforme al artículo 84 TRLGDCU, el Notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Además, el artículo 7.3.2.c) de la Orden señalada prevé que el Notario advertirá sobre los límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esta circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes. Finalmente, la intervención del Notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada.

Falta de transparencia y carácter abusivo de la condición general.—A la hora de enjuiciar el carácter abusivo de una condición general, resulta fundamental tener en cuenta el pronóstico de evolución de las circunstancias relevantes en la contratación, es decir, que el empresario debe realizar diligentemente un estudio de cómo evolucionarán previsiblemente las circunstancias a corto o medio plazo. Por otro lado, no cabe afirmar, con carácter

general, que toda cláusula no transparente sea abusiva. La falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas. La misma puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para él.

Sin embargo, esto no ocurre con las cláusulas suelo. La falta de transparencia en este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá. Esto le privará de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permita percatarse de su importancia, se revela como engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia incluye de manera relevante en el comportamiento económico del consumidor. No hay que olvidar, no obstante, que las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. No cabe declarar la ilicitud de las cláusulas suelo en abstracto, sino únicamente cuando, pese a superar el control de inclusión, no es transparente en el sentido ya señalado. (STS de 24 de marzo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Una asociación de usuarios de servicios bancarios interpone una demanda contra el banco CS, ejercitando una acción colectiva, solicitando la cesación de una condición general que éste utilizaba en sus préstamos hipotecarios a interés variable. Dicha cláusula señalaba: «Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada período no podrá ser inferior [en unos préstamos era el 3 %, en otros, el 4 %] nominal anual ni superar el 12 % nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación pactado resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos». Esta cláusula se encontraba incluida en una extensa estipulación de la escritura pública que contenía varias previsiones relativas al tipo de interés inicial, índice de referencia y diferencial, forma y plazos de revisión del tipo de interés e índices de referencia sustitutivos.

El Juzgado Mercantil apreció la nulidad de la condición general y condenó a CS a eliminarla de sus contratos de préstamo y a abstenerse de utilizarla de nuevo. Acordó asimismo la publicación del fallo de la sentencia y su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación que CS interpuso contra la sentencia del Juzgado, para lo cual se basó en la STS de 9 de mayo de 2013.

Finalmente, CS interpuso recurso de casación, alegando que la STS señalada, que declaró la nulidad de determinadas condiciones generales de la contratación que contenían cláusulas suelo por falta de transparencia, era errónea y que sus criterios debían ser revoca-

dos. En particular alega: 1) infracción del artículo 80.1 TRLGDCU, por incluir en él un deber de transparencia inexistente en nuestro ordenamiento jurídico; 2) aceptando lo anterior, infracción del artículo 80.1 TRLGDCU, al considerar no transparentes las cláusulas suelo con base en los criterios enunciados en la STS de 9 de mayo de 2013; 3) aceptando lo anterior, infracción del artículo 80.1 TRLGDCU, al considerar abusivas las cláusulas suelo con base en los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013; 4) la sentencia de la Audiencia Provincial se ha limitado a transcribir determinados pronunciamientos de la STS citada, sin incluir ninguna consideración propia del caso enjuiciado. El Alto Tribunal desestima el recurso de casación. Concluye lo siguiente: a) en la STS señalada no se ha realizado una labor de creación judicial de Derecho, que exceda de su función de complemento del ordenamiento jurídico que le asigna el artículo 1.6 CC, sino que ha interpretado la normativa interna a la luz de la finalidad y tenor de la Directiva 93/13/CEE, tal como ésta ha sido interpretada por el TJUE; b) cabe el ejercicio de acciones colectivas para determinar la abusividad de una cláusula suelo; c) éstas sólo son abusivas cuando se produzca una falta de transparencia en el sentido arriba explicado; d) no es cierto que la Audiencia Provincial se limitara a transcribir pasajes de la STS de 2013, pues realizó consideraciones trasladando esa doctrina al caso enjuiciado. Entre esas consideraciones cabe destacar: 1) que falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; 2) se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma; 3) no existen simulaciones sobre el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; 4) no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al cliente no se le ofertan las mismas.

NOTA.—Sobre la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, vid. SSTS de 22 de diciembre de 2009, 17 de junio de 2010, 1 de julio de 2010, 25 de noviembre de 2011, 18 de junio de 2012, 15 de enero de 2014, 17 de enero de 2013, 18 de enero de 2013, 11 de abril de 2013, 18 de noviembre de 2013 y 30 de junio de 2014. Respecto de las cláusulas suelo destacan las SSTS de 9 de mayo y 8 de septiembre de 2014. En relación al control de transparencia a nivel europeo, entendido como que no sólo se refiere al carácter comprensible de las cláusulas en un plano formal y gramatical, vid. SSTJUE de 21 de marzo de 2013 (asunto C-92/11), 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13) y 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13). (S. L. M.)

5. Alcance de la formulación descriptiva contenida en el artículo 1091 CC.—La formulación, claramente descriptiva, del artículo 1.091 CC respondió al interés codificador de reforzar la noción de la «vinculación obligacional», que generaba el paradigma de acuerdo de voluntades inherente al nuevo concepto de contrato que se incorporaba como pieza central del siste-

ma patrimonial instaurado; todo ello frente a unos antecedentes históricos que primaban la vinculación jurídica surgida de actos o negocios formales (*estipulatio*). De esta forma, el alcance sistemático del precepto no interfiere o condiciona el plano diferenciado de la interpretación del contrato, que tiene su propia dinámica metodológica. Resulta incorrecto, por tanto, establecer una identificación en el plano interpretativo entre el artículo 1.091 CC y el 1.281.1 CC.

Interpretación de los contratos.—La búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes constituye el principio rector de la labor interpretativa, de modo que las demás reglas confluyen a su alrededor complementándola, pero nunca limitándola o alterándola. La averiguación de la intención común de las partes ha de proyectarse necesariamente sobre la totalidad del contrato, toda vez que éste se erige como una unidad lógica, y no como una mera suma de cláusulas. Con estos mimbres, la interpretación sistemática viene a constituir un presupuesto lógico-jurídico de todo proceso interpretativo (art. 1.286 CC). En este sentido, la interpretación literal (art. 1.281 CC) presenta un carácter instrumental, no pudiendo ser valorada como un fin en sí misma considerada o como un dogma del proceso interpretativo, pues el objeto de la interpretación no es otro que la voluntad realmente querida por las partes (art. 1.281 II CC). El sentido literal, como criterio hermenéutico destaca por ser el punto inicial del fenómeno interpretativo, pudiendo extenderse hasta el punto de llegada cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención común querida por los contratantes. Ahora bien, cuando el contrato, por su falta de claridad, contradicciones, vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones ambivalentes, el fenómeno interpretativo debe proseguir; en tal caso la interpretación literal pasa a colaborar a fin de obtener la intención realmente querida por las partes (STS de 18 de junio de 2012).

Principio de conservación del contrato, buena fe contractual e interpretación del contrato.—El principio de conservación del contrato constituye un auténtico principio general del Derecho, no sólo un canon hermenéutico. La conservación de los contratos se alza como un principio informador de nuestro sistema jurídico que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes inherentes a la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y la seguridad jurídica (STS, de Pleno, de 15 de enero de 2013).

El principio de buena fe, por su parte, no sólo destaca en el plano de integración del contrato (art. 1.258 CC), sino que su función como criterio decisivo en materia de interpretación y ejecución se ha visto reforzada (STS de 14 de enero de 2014). (STS de 17 de febrero de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El litigio se origina en el marco de un contrato de permuta de solar por obra futura celebrado entre una sociedad mercantil y una particular, por el cual la sociedad —como entidad promotora— se obligó a la transmisión a la particular de cinco viviendas unifamiliares, antes del 15 de marzo de 2009. A cambio, la particular debía transmitir el pleno dominio del 30% de una finca registral. La sociedad ejercita acción de cumplimiento contractual interesando que, de acuerdo con lo pactado, fueran recibidas por la

particular demandada las cinco viviendas comprometidas de la promoción, con entrega de la suma de 36.000 euros acordada, y con devolución de los avales entregados en garantía. La particular contesta oponiéndose a la demanda y formula reconvencción, solicitando la condena a la sociedad al pago de la cantidad de 36.000 euros antedicha.

El Juzgado de Primera Instancia de Madrid estima la demanda y la Audiencia Provincial confirma su resolución, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la demandada. La controversia giraba en torno al correcto cumplimiento, por parte de la sociedad, de su obligación de entrega de las viviendas unifamiliares, con una superficie útil de 95,24 metros cada una de ellas, de acuerdo con el proyecto y memoria de calidades elaborado por un arquitecto. Concretamente, la particular demandada sostenía que las viviendas carecían, a la fecha límite en que debía efectuarse la entrega, de determinadas condiciones de hecho, pactadas específicamente en el contrato. A la escritura de permuta se anexaron unos planos y memorias extraños al proyecto inicial del arquitecto.

La particular interpone recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. En el fondo del asunto, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo concluye que, con arreglo a la interpretación del contrato y su contexto, el cumplimiento prestacional realizado resultó conforme con la base negocial informadora del contrato y con la conducta observada de las partes en su respectiva ejecución, no produciéndose una frustración de la finalidad perseguida que sea susceptible de provocar la resolución del vínculo contractual.

NOTA.—La referencia a la formulación «claramente descriptiva» del artículo 1.091 CC entronca con la idea expuesta en su día por Federico de Castro y Bravo —entonces respecto al artículo 1.089 CC— cuando llama la atención sobre lo siguiente: «La dificultad nace de que, a veces, en un mismo texto legal se encuentran juntamente, al lado de las reglas de valor normativo, otras sin más finalidad y alcance que el de facilitar el manejo y conocimiento de los textos, de enunciar o explicar el orden de los preceptos, su clasificación en títulos, capítulos y rúbricas. El descuido consistente en no distinguir las disposiciones de valor normativo de aquellas otras de carácter explicativo o teórico, encuentra posiblemente su origen en la recepción del Derecho romano. En los textos que nos han llegado, no se ha sabido siempre distinguir aquellos que deciden cuestiones jurídicas, de estos otros destinados a la docencia. Aquí está a nuestro parecer, la causa remota del valor normativo atribuido al citado art.1089». [vid. De Castro y Bravo, F., «Sentencias comentadas: Declaración unilateral de voluntad (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1975)», *ADC*, 1977, Fasc. I, pp.196-197]. (A. I. R. A.)

6. Contratos. La cláusula *rebus sic stantibus*. Caracterización de la figura y régimen jurídico aplicable.—La jurisprudencia reciente —SSTS 30 de junio y 15 de octubre de 2014— ha modernizado la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Las citadas sentencias establecen una aplicación plenamente normalizada de la cláusula *rebus sic stantibus*, en donde su prudente

aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato. En este sentido, la concreción funcional y aplicativa de la cláusula *rebus sic stantibus* tiene unos fundamentos básicos de delimitación relacionados con el fundamento causal, la base del negocio y la asignación del riesgo contractual (STS 30 de junio de 2014). Hay dos criterios que determinan de modo objetivado la aplicación de la figura y la posible alteración de las circunstancias o la alteración causal del contrato: el primer criterio, tiene que ver con la doctrina de la base del negocio, en el que se contrasta el alcance de la mutación o cambio respecto del sentido o finalidad del contrato y la conmutatividad o equilibrio prestacional del contrato. Por ejemplo, cuando la finalidad económica primordial del contrato expresamente prevista, o derivada de la naturaleza del contrato, se frustra o se torna inalcanzable (SSTS 20 de febrero de 2012, 25 de marzo y 11 de noviembre de 2013). El segundo criterio, tiene que ver con la asignación del riesgo establecido en el contrato, es decir, el riesgo normal del contrato, en este criterio se contrasta entre la mutación o cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato, ya sea, por su expresa previsión, o sea, porque se derive de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, de modo que la aplicación de la figura quede fuera del riesgo normal del contrato.

La crisis económica como factor de alteración causal del contrato. Excesiva onerosidad.—La moderna aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* interpretada por el Tribunal Supremo tiene que ver con una configuración normalizada de dicha figura (no excepcional o extraordinaria desde el punto de vista tradicional), razonada conforme a los textos de armonización y proyectos europeos en materia de contratación —Principios UNIDROIT, PECL y Propuesta de la Comisión General de Calificación—, como cánones interpretativos, para una normal aplicación, sin más obstáculos que los impuestos por su debida diferenciación y el marco establecido de sus presupuestos y requisitos de aplicación, que garantizan *per se* una prudente aplicación de la figura. En este sentido, el factor de la actual crisis económica puede ser tomado en cuenta como un fenómeno capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases establecidas en la iniciación y desarrollo del contrato (SSTS 17 y 18 de enero de 2013). No obstante, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no se aplica de modo generalizado, ni automático. La crisis económica, como hecho notorio, no puede constituir por sí sola la aplicación de la cláusula *rebus* máxime. Respecto de la excesiva onerosidad, su aplicación debe ser relevante respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato, lo que se produce si la excesiva onerosidad, operada por el cambio de las circunstancias por la crisis económica, resulta determinante, tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutabilidad del contrato). Por tanto, el Alto Tribunal considera razonable apreciar la excesiva onerosidad cuando lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación).

La buena fe (art. 1258 CC) y la cláusula *rebus sic stantibus*.—El Alto Tribunal precisa la distinta delimitación funcional del principio de buena fe (art. 1258 CC) en el marco de la aplicación de cláusula *rebus sic stantibus*. La buena fe contractual del artículo 1258 CC cumple una clara función como

fuelle de integración de contrato celebrado, que constituye un criterio de determinación del alcance de las respectivas prestaciones de acuerdo a una conducta diligente, no abusiva y razonable de los contratantes (ámbito de la autonomía de la voluntad). No obstante, y en sentido diverso a la integración del contrato, la aplicación del principio de buena fe como fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus*, junto con el principio de conmutabilidad, constituyen una plasmación de las directrices de orden público económico, dirigida a valorar la incidencia de la alteración producida en la base del negocio que informó el contrato, centrándose así en el ámbito de la eficacia derivada del propio contrato, bien modificando provisionalmente el vínculo obligacional, o bien determinando su resolución. (STS de 24 de febrero de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Los señores G, P y C interpusieron una demanda por el cumplimiento y pago del precio de un contrato de compraventa sobre unas fincas rústicas vendidas a la mercantil R, el 13 de diciembre de 2006. La mercantil R interpuso demanda de reconvencción, solicitando la aplicación de las cláusula *rebus sic stantibus*, ya que, por la crisis económica de 2008, el valor de los bienes inmuebles tuvo una caída de valor y el negocio tuvo como base negocial las expectativas de desarrollo urbanístico de la zona.

En su sentencia de 16 de abril de 2012, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Vitoria estima parcialmente la demanda y la reconvencción. El juzgado declaró probado el incumplimiento del pago del precio por parte de la demandada y la acción de cumplimiento instada. Por otro lado, en cuanto a la reconvencción, estimó que las circunstancias concurrentes en el año 2006 eran difícilmente previsibles, pues si bien se podía prever que la burbuja inmobiliaria estallase, no se podía prever la rapidez y violencia con que lo hizo, dándose así un acontecimiento imprevisto que se encontraba fuera la evolución del contrato y que altera notablemente las consecuencias económicas previstas en la celebración del contrato. Por tanto, el juzgado de primera instancia estima una reducción del precio pactado por circunstancias excepcionales sobrevenidas con posterioridad a la celebración del contrato de compraventa.

En la sentencia del 16 de diciembre de 2012, la Audiencia Provincial de Vitoria estima la demanda y desestima la reconvencción, revocando la sentencia de primera instancia. La Audiencia Provincial estima que, en cuanto a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la bajada del valor de las fincas entre el año 2006 y 2009 no puede ser considerada como una circunstancia que constituya una alteración extraordinaria e imprevista que afecte la base del negocio, sino que se trata de un mero riesgo.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandada. El Alto Tribunal considera que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no puede estimarse, pues, pese a que la parte vendedora conociera la finalidad urbanizadora que impulsaba la celebración del contrato, la posible fluctuación posterior del valor del mercado, que podía afectar las fincas objeto de la venta, no queda excluida del riesgo normal e inherente que debía asumir la parte compradora, conforme a la naturaleza y el contenido negocial del contrato celebrado. (I. V. B.)

7. Cirugía estética: Responsabilidad médica por incumplimiento de contrato.—Doña Rosa acudió a la Clínica Dorsia con la finalidad de someterse a una intervención para mejorar su pecho, siendo atendida en esta primera visita por el facultativo Juan Enrique, quien le informó sobre las técnicas existentes, características y efectos de las mismas, acordándose descartar la elevación de pecho a través de la mastopexia dadas las cicatrices residuales que produce dicha técnica, optando únicamente por el aumento de pecho mediante el implante de prótesis mamarias. En fecha de 4 de julio de 2005 se suscribió contrato entre las partes para la práctica a la paciente de drenaje linfático manual y aumento de pecho. Asimismo en 19 de octubre del mismo año suscribió otro contrato para la eliminación total del vello de axilas e ingles mediante el sistema de fotodepilación. Para el pago de los referidos tratamientos suscribió la actora sendos contratos de préstamo por importes de 4.100 euros y 746 euros, respectivamente. La Sr.^a Rosa fue operada el 7 de septiembre de 2005 por Don Nicanor, al que conoció el mismo día de la operación y quien le informó que Don Juan Enrique no podía llevar a cabo la intervención, aceptando la paciente ser intervenida por el codemandado suscribiendo previamente los documentos de consentimiento informado, practicándose a la actora una operación de aumento de pecho —o mamoplastia de aumento— mediante el implante de sendas prótesis mamarias de gel cohesivo de silicona con superficie rugosa de 310 ml de volumen, de la casa francesa Poly-Implant-Prothesis en plano parcialmente subpectoral y por incisión periareolar. Tras esta intervención se aprecia que ha aumentado el volumen de los pechos, si bien continua la asimetría (mayor la izquierda) preexistente pero aun no ha disminuido la ptosis (caída). Descontenta la Sr.^a Rosa formuló queja ante los servicios de la clínica demandada sometiéndose a una segunda intervención el 24 de noviembre de 2006 llevada a cabo nuevamente por el doctor Nicanor sin coste alguno para la paciente en la que la técnica empleada fue la de la mastopexi peroareolar y vertical, previa suscripción del correspondiente consentimiento informado. En fecha de 18 de mayo de 2008 la paciente acude al servicio de urgencias donde tras el preceptivo reconocimiento se aprecia una tumoración de unos 2x2 cms. de tamaño en el cuadrante inferior externo de la mama derecha y adenopatía dolorosa en la axila derecha. En fecha 5 de junio de 2008 la Sr.^a Rosa es nuevamente intervenida por el doctor Edmundo extra-yéndosele los implantes mamarios que se encontraban en mal estado de colocación en el espacio retropectoral y la asociación de una mastopexia en T invertida. La demandante ha permanecido en situación de incapacidad temporal desde el 5 de junio de 2008 hasta el 2 de julio de 2008 siendo el diagnóstico de la baja: mastopexia. En cuanto al tratamiento de fotodepilación suscribió el consentimiento informado en 26 de octubre de 2006 recibiendo seis sesiones.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda con el argumento de que la técnica empleada fue correcta, de que la actora no cumplió el calendario de revisiones y de que lo que ocurrió realmente es que los implantes que se le pusieron pertenecían a una partida defectuosa, lo que no es normal. Se deterioraron y le produjeron graves molestias, lo que no fue debido a una mala praxis. La Audiencia Provincial resuelve el caso a partir de la doctrina jurisprudencial sobre la obligación de medios y de resultados, afirmando que la Sr.^a Rosa acudió a la clínica Dorsia con un propósito claro: el de conseguir una mejora de su imagen, a través de la cirugía estética. Y este resultado no se produjo ni en la primera ni a través de las operaciones practicadas por el Dr. Nicanor, tal como evidencia claramente la simple visualización de las fotografías obrantes en autos, en cuanto la primera operación no hizo más

que agudizar el problema de ptosis que la paciente intentaba solventar, y en lo atinente a la segunda porque concluyó con una serie de defectos o irregularidades que dos doctores enumeraron durante el curso de su intervención en el acto del juicio. Consiguientemente no indemniza más que el coste de las intervenciones.

Aplicación de la doctrina jurisprudencial de la obligación de medios y de resultados, como criterio general: Expreso aseguramiento del resultado por el médico a la paciente.—La STS de 7 de mayo de 2014, con cita de las sentencias de 20 de noviembre de 2009 y 19 de julio de 2013, dice lo siguiente: «La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no sólo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual» (SSTS 12 de marzo de 2008 y 30 de junio de 2009).

Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS de 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007 y 19 de julio de 2013).

Falta de información: Régimen general: Prueba.—Los efectos que origina la falta de información, dice la STS de 4 de marzo de 2011, y reitera la STS de 16 de enero de 2012, están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa. Tienen además que ver con distintos factores: riesgos previsibles, independientemente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención; padecimiento y condiciones personales del paciente; complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se pueden producir, sean de carácter permanente o tem-

poral, incluidas las del postoperatorio; alternativas terapéuticas significativas; necesidad de la intervención, con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal.

Esta falta de información que refiere la sentencia se pretende dejar sin efecto en el segundo motivo, que se enuncia «sobre la inversión de la carga de la prueba en sede de responsabilidad médica» con la cita de doctrina jurisprudencial. Pues bien, ni el recurso de casación es el instrumento adecuado para cuestiones de prueba, ni las posibles contradicciones en que la sentencia haya podido incurrir sobre la información, determinante de una posible incongruencia interna, son propias de este recurso. Lo cierto es que existe una imputación expresa de falta de información adecuada, y esta imputación no ha sido combatida en debida forma, con lo que la sentencia se mantiene, incluso en lo que se refiere a la indemnización por todos los perjuicios ocasionados puesto que el daño no es más que la concreción de una intervención innecesaria en principio aceptada por la paciente sin la información precisa de la misma. (STS de 3 de febrero de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

8. Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante: concepto y determinación.—La jurisprudencia considera como concepto indemnizatorio el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria, cuya fijación, en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto.

Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante: cálculo.—Cuando para el cálculo se tiene en cuenta el beneficio obtenido antes de que se produjera el incumplimiento contractual, para proyectarlo en el tiempo en que hubiera debido operar el contrato resuelto, se advierte que el beneficio no se corresponde con la simple diferencia entre compras y ventas, sino que se debe tener en cuenta el resto de gastos a los que tuvo que hacer frente para obtener el producto de las ventas (gastos de personal, transportes, gastos financieros, y la repercusión de los gastos generales).

Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante: no procede descontar el impuesto de sociedades.—La determinación de la ganancia dejada de obtener como consecuencia del incumplimiento del contrato no procede descontar el impuesto de sociedades, pues este impuesto no supone propiamente un gasto generado directa o indirectamente para la consecución del beneficio, sino que grava los beneficios de la compañía al término del ejercicio económico y, en su caso, la indemnización por lucro cesante, cuando se ingrese en la compañía, incidirá en el resultado de las cuentas anuales del correspondiente ejercicio económico, sobre el que procederá, caso de que afloren ganancias, aplicar el impuesto de sociedades.

Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante: admisión.—Cuando se solicita y se acuerda la resolución de un contrato con obligaciones recíprocas, también cabe pedir y acordar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento. Y estos daños y perjuicios

susceptibles de ser indemnizados pueden abarcar también al beneficio dejado de obtener.

Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante: nexo causal.—La doctrina jurisprudencial considera la necesidad de que concurra el requisito del nexo de causalidad entre el incumplimiento contractual y los daños y perjuicios para que sea procedente el otorgamiento de una compensación indemnizatoria y consiguiente infracción del artículo 1101 CC.

Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante: improcedencia.—La relación de causalidad entre el beneficio dejado de obtener que se pretende sea indemnizado y el incumplimiento contractual, viene determinada porque pueda razonablemente concluirse que se hubiera llegado a obtener aquella ganancia de no haberse producido dicho incumplimiento. En este sentido la jurisprudencia considera que la existencia de este tipo de perjuicio debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso.

Concurso de acreedores. Vigencia de los contratos: pendientes de cumplimiento por ambas partes.—La vigencia de los contratos, tras la declaración de concurso de una de las partes, pendientes de cumplimiento por ambas partes, en este sentido, la Ley Concursal permite invocar el interés del concurso para justificar dos decisiones judiciales extrañas al desenvolvimiento ordinario de los efectos del contrato a la vista de su (in)cumplimiento: i) acordar la resolución del contrato cuando su continuación no resulte de interés para el concurso; ii) en caso de se haya instado resolución del contrato por incumplimiento del concursado, y exista causa de resolución, acordar la continuación del contrato si ello resulta más beneficioso para los intereses del concurso.

Concurso de acreedores. Vigencia de los contratos: incumplimiento de la parte *in bonis*.—La parte *in bonis* que incumple no puede oponer judicialmente el interés del concurso para enervar una acción de resolución del contrato por incumplimiento suyo, pues en este supuesto el interés en la conservación del contrato ya lo habrá valorado quien representa los intereses del concurso antes de ejercitar la acción de resolución del contrato. (STS de 24 de febrero de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La mercantil V. H., S. L. U. concertó con V. G. (actualmente, T., S. L.) un contrato de colaboración mercantil, con la finalidad de ampliar la red comercial de V. H., S. L. U. obligándose T. S. L. a desarrollar la gestión y atención comercial de las oficinas en régimen de franquicia. Con posterioridad, T., S. L. fue declarada en concurso de acreedores. En esta situación, V. H., S. L. U. procedió a modificar unilateralmente el contrato sin la autorización de la administración concursal de la contraparte. La representación procesal de T., S. L. presentó demanda solicitando la resolución contractual y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia estimó parcialmente la demanda al apreciar que la demandada V. H., S. L. U. había incumplido el contrato lo que conllevaba su resolución, pero reduciendo el *quantum* de la indemnización de daños y perjui-

cios solicitada por la parte actora. La sentencia de instancia fue recurrida en apelación por ambas partes litigantes: la demandante para reclamar la totalidad de la indemnización solicitada en la demanda, lo que fue íntegramente desestimado, y la demandada por negar la existencia de incumplimiento y por errónea valoración de la indemnización. La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso, en el sentido de reducir la indemnización fijada en la instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

9. Concurso de acreedores. Rescisión concursal: exclusión.—La Ley Concursal expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso que, por formar parte de su giro y tráfico ordinario, se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor. Esta consideración requiere la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: concepto y prueba.—La jurisprudencia concibe el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa, y, además, debe carecer de justificación. Fuera de los supuestos regulados en el apartado 2 del artículo 71 LC en los que se presume *iuris et de iure* el perjuicio (enajenaciones a título gratuito y pagos anticipados), en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el artículo 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: pagos.—Los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la

condición de su acreedor, que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par conditio creditorum*, pero no basta su mera proximidad a la declaración de concurso, ha de concurrir alguna otra razón que ponga en evidencia la alteración de esta máxima concursal.

Concurso de acreedores. Rescisión de la ejecución de garantía financiera: improcedencia.—La ejecución de la garantía financiera no puede ser objeto de rescisión concursal, sino que, en todo caso, debería serlo la formalización o aportación de la garantía financiera y para que pudiera prosperar la acción rescisoria concursal sobre la formalización o aportación de la garantía financiera, es preciso que se hubiera en realizado en fraude de acreedores. Se trata de un complemento que se añade a los requisitos generales de la rescisión concursal. (STS de 10 de marzo de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La administración concursal de la entidad C. J. J. A. S. L., interpuso demanda de incidente concursal contra las entidades C. J. J. Alemán, S. L. y la financiera C. de A. de V. e O. e P., C., a consecuencia de la constitución de un garantía hipotecaria y de operaciones bancarias posteriores sobre los fondos obtenidos con dicha garantía. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta al no apreciar que hubiera perjuicio para la masa activa del concurso. Recurrida en apelación por la administración concursal, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia declarando que si bien el perjuicio no puede presumirse o inferirse, por sí mismo, de la constitución de la garantía hipotecaria, la apertura de la cuenta con la imposición a plazo fijo con fondos provenientes de la ampliación del préstamo y el destino dado a esas cantidades con el pago de las obligaciones derivadas de las pólizas de descuento, hasta su cancelación, y la venta de la finca hipotecada mediante la subrogación del comprador en la deuda derivada del préstamo garantizada con la hipoteca, supone una minoración injustificada de la masa activa. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

10. Cesión de créditos. Normas sobre notificación de la cesión de créditos.—La eficacia de la cesión del crédito no puede hacerse depender del reconocimiento o aceptación del deudor. En este sentido, la notificación al deudor cedido no puede ser reemplazada por el reconocimiento de la cesión por el deudor, esto es, no se puede otorgar al deudor un poder jurídico sobre la eficacia de la cesión del crédito (vid. art. 1.526 CC). La validez de la cesión no viene determinada por el conocimiento de la misma por parte del deudor cedido, aunque no se haya producido notificación. Tal conocimiento simplemente permite considerar acreditado que la cesión se produjo.

Solidaridad tácita.—Aunque la solidaridad no se presume (art. 1.137 CC), cabe la solidaridad tácita, cuando aparece de modo evidente una intención de los contratantes de obligarse *in solidum* o dicha voluntad se desprende de la propia naturaleza de lo pactado, por entenderse, de acuerdo con las pautas de la buena fe, que los interesados habían querido y se habían comprometido a

prestar un resultado conjunto, por existir entre ellos una comunidad jurídica de objetivos (SSTS de 23 de junio de 2003 y 30 de julio de 2010, entre otras).

Facultad de moderación del interés remuneratorio excesivo.—El interés remuneratorio no puede considerarse, en ningún caso, como una cláusula penal a la que sea aplicable el artículo 1.154 CC. Tampoco procede la moderación, si se tratase del interés de demora (SSTS de 1 de junio de 2009, 1 de octubre de 2010 y 17 de enero de 2012). (**STS de 17 de abril de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Con fecha 8 de marzo de 2002 y 27 de enero de 2003 se celebran en Holanda dos contratos de préstamo, cuya finalidad era la financiación de un proyecto inmobiliario en San Pere Pescador (Girona). El prestamista y los dos prestatarios —que eran cónyuges— ostentaban la nacionalidad holandesa. El dinero prestado es transferido a una cuenta de una sociedad, constituida para desarrollar el proyecto inmobiliario, de la que era socia única uno de los cónyuges prestatarios.

El 18 de marzo de 2005 el prestamista, como cedente, y un tercero, como cesionario, suscriben un contrato de cesión de crédito, sometido al Derecho holandés. El 20 de mayo de 2005 la sociedad transfiere al cesionario un pago de 100.000 euros.

El cesionario interpone demanda el 24 de julio de 2006 reclamando 431.000 euros de principal y 880.912,99 euros de intereses devengados. Contestan a la demanda separadamente la sociedad y uno de los prestatarios, de una parte, y otro de los prestatarios, de otra. En la contestación a la demanda confeccionada conjuntamente por la sociedad y uno de los prestatarios se aduce, entre otros puntos, que no fue antes de finales de 2006 cuando las demandadas fueron informadas de la cesión del crédito.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, porque aprecia falta de legitimación pasiva de los demandados, quienes no habían intervenido en el negocio de cesión de crédito al efecto de prestar su consentimiento, por lo que no les era oponible. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación del demandante, porque afirma que la cesión de crédito había sido notificada a los demandados, como lo demostraba el pago de 100.000 euros efectuado al cesionario después de la cesión, por lo que —con independencia del Derecho aplicable— la cesión fue válida y obligaba a los demandados frente al cesionario del crédito. La Sala 1.^a del Tribunal Supremo no da lugar a los recursos de casación (y extraordinarios por infracción procesal) interpuestos por los demandados.

NOTA.—Aunque la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo haya declarado que no es posible moderar los intereses de demora aplicando el artículo 1.154 CC, ha dejado a salvo la posibilidad de controlar las cláusulas que establecen tales intereses cuando se trata de cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores. Así, la STS de 12 de febrero de 2011, antes de declarar la improcedencia de moderar la cláusula penal en que consiste el interés de demora, introdujo el inciso: «sin perjuicio de aquellos supuestos en los que resulta aplicable la legislación tuitiva de consumidores». (A. I. R. A.)

11. Procedimiento sumario del artículo 131 LH.—La doctrina, según la cual las causas de oposición a la ejecución han de plantearse en el correspondiente procedimiento de juicio ejecutivo y no en un procedimiento de juicio declarativo, no resulta de aplicación al procedimiento sumario del artículo 131 LH (antes de su reforma por la actual LEC), el cual presenta causas de oposición tasadas y recogidas en el derogado artículo 132 LH.

Caracterización jurídica de la cesión de préstamo hipotecario.—La adquisición de un préstamo hipotecario por parte de un nuevo acreedor, cuando el acreedor originario del préstamo ya ha cumplido la parte que le corresponde al haber transferido al deudor el importe del capital y quedando únicamente por cumplir la obligación de pago por el prestatario, constituye una cesión de crédito —y no una cesión de contrato—, la cual no precisa consentimiento del deudor.

Cesión de contrato y cesión de crédito. Doctrina jurisprudencial sobre la diferencia entre ambas.—La cesión de crédito (arts. 1.526 ss. CC), aunque contemplada por el Código civil dentro del contrato de compraventa, no es una verdadera venta sino una cesión, que puede tener como causa la venta u otro negocio jurídico (SSTS de 26 de septiembre de 2002 y 18 de julio de 2005) y donde el deudor no ha de consentir el negocio de cesión para que pueda llevarse a cabo (STS de 1 de octubre de 2001). Su concepto es la sustitución de la persona del acreedor por otra respecto al mismo crédito y supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho del anterior y quedando el antiguo ajeno a la relación crediticia (STS 25 de enero de 2008). La cesión de contrato tiene su base en el propósito común de las partes de transferir al cesionario el contenido contractual de la relación comercial del cedente a los efectos de subrogarle en su misma posición contractual. A diferencia del contrato en favor de tercero y la cesión de crédito, el objeto de la cesión de contrato se circunscribe al estricto marco de la reglamentación o contenido contractual dispuesto en el contrato cedido, sin alcanzar a la ejecución o cumplimiento. La cesión de contrato requiere el consentimiento del promitente cedido, bien causalizado en el contrato, bien a posteriori (STS de 25 de febrero de 2013).

Cláusula de redondeo.—Son abusivas para los consumidores las fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto (arts. 8.2 LCGC y 10 bis LGDCU), al tratarse de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (STS 4 de noviembre de 2010). **(STS de 11 de febrero de 2015;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre una finca, suscrito en fecha 26 de marzo de 1992 entre una entidad bancaria y un particular. En fecha 1 de agosto de 1995 son transmitidos la totalidad de activos y pasivos a una caja de ahorros, formando parte de aquéllos el derecho de hipoteca en cuestión. La hipoteca queda inscrita a favor del nuevo titular. Ante el impago por parte del deudor de cuatro vencimientos, la entidad procede a declarar por vencido el préstamo, así como al cierre y liquidación de la cuenta en fecha 30 de septiembre de 1996. La ejecución se tramita conforme al procedimiento judicial sumario entonces regu-

lado en el artículo 131 LH (antes de su reforma por la disposición final 9.6 de la actual LEC). (A. I. R. A.)

12. Fianza.—Liberación del fiador por concesión de prórroga al deudor sin consentimiento de aquél. Interpretación del artículo 1851 CC. No ha lugar cuando la modificación de la obligación no altera ni prolonga el tiempo durante el cual el fiador debía responder.—Como regla general la modificación de los términos de la obligación principal no extingue la fianza, sin perjuicio de que al fiador solo podrá exigírsele el cumplimiento en los términos inicialmente convenidos. No obstante, cuando la novación afecta al plazo de cumplimiento resulta de aplicación el artículo 1851 CC, y la fianza sí se extinguiría como consecuencia de la prórroga (STS de 3 de marzo de 2014). Ahora bien, la finalidad protectora del fiador contenida en el mencionado precepto se pone de manifiesto cuando con la prórroga del plazo inicial se alarga la incertidumbre y, con ello, se empeora la situación económica del deudor, haciéndose ilusoria la vía de regreso. De suerte que ha de permitírsele al fiador liberarse de la garantía en la medida en que, una vez pagada la deuda, no puede subrogarse en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De esta manera, el artículo 1851 CC tiene sentido en cuanto protege la vía subrogatoria, y siempre que ésta sea procedente en beneficio del fiador. Sin embargo nada de esto acontece en el presente caso, pues la novación que conlleva la resolución y posterior rehabilitación del contrato no perjudica al fiador alargando la incertidumbre y haciendo ilusoria la vía de regreso, sino que, manteniendo los mismos términos de la obligación afianzada por él, supuso una reducción de la deuda garantizada. Y, de otra parte, en el otro contrato afectado, la novación consistió en la concesión al deudor principal de unos plazos fraccionados para el pago de las obligaciones derivadas del incumplimiento, dentro siempre del inicial plazo de vigencia del contrato, lo que tampoco perjudicaba al fiador. (STS de 17 de marzo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La mercantil MRV, SA concertó diferentes contratos de *renting* a favor de OC, SL en los que figuraron indistintamente como fiadores solidarios J. y P. Debido a las dificultades económicas por las que pasaba la arrendataria de los vehículos se resolvieron todos los contratos excepto uno, en el que se modificaron los importes y las fechas de pago con el fin de facilitar su ejecución, pero manteniendo como fecha de vencimiento la inicialmente acordada en el contrato. Igualmente, uno de los contratos resueltos fue rehabilitado posteriormente por acuerdo entre la compañía financiera y la beneficiaria aunque, como en el caso anterior, pese a incorporar nuevas estipulaciones se mantuvo la fecha de vencimiento original. En ambos casos los fiadores no tuvieron intervención en los nuevos acuerdos. Los pagos volvieron a dejar de ser atendidos por lo que MRV, SL demandó, además de la recuperación de la posesión de los dos vehículos, la condena solidaria de OC, SL y de los fiadores para el pago de las cantidades pendientes de abono. La sentencia de instancia estimó la demanda respecto de la arrendataria y absolvió a los fiadores al entender que, con la renegociación de los contratos, se había producido una novación en la que se había concedido un nuevo plazo a la deudora principal sin el

consentimiento de los garantes; lo que había traído consigo su liberación por efecto del artículo 1.851 CC. La Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso de apelación de MRV, SL y condenó también a los fiadores. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

13. Contrato bancario swap. Obligación de información: medios.—La jurisprudencia ha señalado que el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos de la operación especulativa de forma imparcial, clara y no engañosa, incluyendo además, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y, también, orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados para lo que, con el fin de salvar el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, se establece un instrumento, el test de idoneidad, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Contrato bancario swap. Obligación de información: incumplimiento.—En la contratación en el ámbito del mercado de valores de productos y servicios de inversión con clientes no profesionales, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso, la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. En este sentido, la omisión del test que debía recoger la valoración del conocimiento del cliente de los concretos riesgos asociados al producto complejo, aun no determinando por sí la existencia del error vicio, sí permitía presumirlo.

Contrato bancario swap. Obligación de información: contenido y test de idoneidad.—Lo relevante no es si la información debía incluir o no la posible evolución de los tipos de interés, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que debía hacerse por medio del test de idoneidad. En suma, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad. (**STS de 26 de febrero de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil presentó demanda Y. D., S. L. U. contra la entidad financiera B. de S., S. A. solicitando se declare la nulidad de un contrato suscrito por ambas partes denominado confirmación de permuta financiera de tipo de interés (Swap Flotante Bonificado), por vicio en el consentimiento prestado por la actora. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de

Santa Cruz de Tenerife estimó íntegramente la demanda declarando nulo el contrato suscrito entre las partes por vicio en el consentimiento prestado por la actora con la obligación de devolución recíproca de los beneficios con los intereses legales en virtud de la nulidad. Recurrída en apelación por la representación procesal de la entidad financiera demandada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife desestimó el recurso interpuesto y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID) tiene como objetivo prioritario reforzar las medidas dirigidas a la protección de los inversores, como consecuencia de la complejidad y sofisticación de los productos de inversión y el constante aumento en el acceso de los inversores a los mercados, la protección del inversor adquiere una relevancia prioritaria, quedando patente la necesidad de diferenciar entre distintos tipos de inversores en función de sus conocimientos. El problema que se plantea en operaciones como la que constituye el objeto de la presente *litis*, es distinguir entre lo que debe considerarse como interés antagónico entre las partes con el legítimo interés comercial de la entidad de crédito para obtener un lucro. Esta distinción tiene especial importancia porque, si se aprecia la existencia de un interés antagónico, el banco tiene obligación de informar a su cliente de la existencia de dicho interés contrario al de su cliente, con la consecuencia inevitable de producir vicio en el consentimiento por error si no se hace así. Son dos conceptos distintos introducidos por la Ley 47/2007 en nuestro ordenamiento jurídico. Si la entidad de crédito concede un préstamo a una persona, sea física o jurídica, ambas partes tienen un interés comercial legítimo. Al ser antagónicos los intereses de los firmantes del contrato y al no haberse informado de esa circunstancia a los clientes, la entidad financiera ha infringido lo dispuesto en el artículo 70 quáter LMV, lo que afecta a la posibilidad que tenían de prestar un consentimiento libre e informado como pleno conocedor del contenido de los contratos suscritos. Pero, además, cualquier capacitación profesional, relacionada con el derecho y la empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a que tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume y los meros conocimientos generales no son suficientes. (*N. D. L.*)

14. Inversión en acciones. Información suficiente por parte de la entidad financiera.—De acuerdo a la LMV, las empresas de servicios financieros asumen obligaciones frente a sus inversores, como la del deber de información (art. 79 bis LMV). El Tribunal Supremo se pronuncia sobre si la

información que recibió el inversor, teniendo en cuenta la naturaleza del producto y perfil del cliente, fue suficiente para que el cliente fuera consciente del riesgo que asumía al invertir en sociedades mercantiles con proyectos inmobiliarios. El Alto Tribunal señala que la información es adecuada y suficiente si se tiene en cuenta que: primero, el producto financiero no es de naturaleza compleja y, segundo, que el perfil del cliente es de carácter «moderado», es decir, que por su experiencia profesional conocía el funcionamiento de las sociedades mercantiles. Por tanto, lo sucedido en la crisis inmobiliaria de 2008, que supuso una fluctuación de los mercados no garantizada por la empresa de servicios financieros, no nace de un erróneo asesoramiento por el riesgo del producto en relación con el perfil del cliente, sino por un notorio desmoronamiento del mercado inmobiliario, no implicando entonces una ocultación de información causa del fracaso posterior de la inversión. (STS de 20 de marzo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—El señor P demanda a la entidad financiera B, solicitando la responsabilidad contractual por haber comercializado las acciones de la sociedad S presentándolas como productos financieros, cuando eran inversiones directas de capital en sociedades mercantiles.

En su sentencia del 5 de mayo de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Barcelona desestimó la demanda.

En la sentencia de 22 de marzo de 2013, la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante. En su sentencia, la Audiencia Provincial estimó, en primer lugar, probado que el actor fue calificado de «moderado» en relación con el riesgo de las operaciones financieras y que tenía conocimiento pleno del contrato suscrito, así como los derechos y obligaciones derivados de la condición de accionista de las sociedades mercantiles. En segundo lugar, la Audiencia Provincial consideró que las operaciones de inversiones en SDI hechas por el señor P, fueron realizadas por decisión personal del cliente y en años donde había un alza desproporcionada del sector inmobiliario. En tercer lugar, la Audiencia señaló que la compra de las acciones se realizó previa solicitud del cliente, con la información de la sociedad cuya suscripción de acciones se solicitó, previa a la adquisición. Finalmente, la Audiencia consideró que la fluctuación de los mercados que influyeron posteriormente en la inversión no la asumió la gestora. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la demandada. (I. V. B.)

15. Responsabilidad médica: responsabilidad del ginecólogo por diagnóstico erróneo.—Se da cuando el médico no ha practicado pruebas complementarias de la simple exploración, a la vista de la sintomatología evidente y constante que presentaba la paciente, y dichas pruebas hubiesen evitado o disminuido el daño posteriormente sufrido.—En una medicina de medios y no de resultados (STS 10 de diciembre de 2010), la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad

cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Así, es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles. En segundo, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (SSTS 15 de febrero de 2006; 19 de octubre de 2007; 3 de marzo y 10 de diciembre de 2010). En el presente caso, el error de diagnóstico inicial, fundado principalmente en una simple exploración por el médico, además incompleta, derivó, a consecuencia de no practicarse pruebas complementarias fácilmente previsibles y completamente accesibles en aquel momento, en un tratamiento equivocado y gravemente perjudicial para la paciente, que debe ser imputado en exclusiva al demandado y por el que, evidentemente, debe responder. **(STS de 18 de febrero de 2015; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña S. fue atendida por el doctor don E., con ocasión del parto por cesárea de la primera. Tras la intervención quirúrgica, S. sufrió una infección que fue tratada con antibióticos sin que se hicieran otras pruebas ni se tomaran más medidas. Considerando el médico que había mejorado, le dio el alta tras una semana ingresada en el centro hospitalario. Sin embargo, el mismo día dado el empeoramiento que presentaba se decidió que volviera a ingresar en el mismo hospital. Al día siguiente se dispuso la realización de pruebas de diagnóstico por imagen, de las que resultó la necesidad de intervenir quirúrgicamente a la paciente para practicarle una histerectomía subtotal con extirpación del útero. Como consecuencia de la intervención le quedaron secuelas que motivaron la necesidad de ser intervenida quirúrgicamente otra vez un año después. Doña S. demandó a E. al considerar que había incurrido en negligencia, derivada de no haberse percatado de la existencia y gravedad de la infección que sufría la paciente. A juicio de la actora esta in advertencia fue motivada por no haber ordenado el médico la realización de pruebas complementarias de diagnóstico por la imagen, tipo ecografía o scanner, con las que se habrían podido evitar fácilmente las dañosas consecuencias padecidas por mor de la intervención quirúrgica posterior y las secuelas que le depararon, como fueron la pérdida del útero y de la capacidad de engendrar, un fuerte trauma psicológico, depresión, daño estético, baja laboral, etc. Por todo ello solicitó una indemnización de 160.000 €. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Barcelona desestimaron la acción, al considerar que era de aplicación la teoría de la imputación objetiva en cuya virtud no era posible para el médico prever, en el momento del diagnóstico, la posible evolución de la paciente. Sin embargo, el Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación al considerar

que dicha doctrina no era aplicable, y sí que se constataba la ausencia de la diligencia necesaria y elemental en relación con las circunstancias del caso. Por lo que, asumiendo la instancia, estimó la acción y concedió la indemnización solicitada.

NOTA.—En el caso de autos el Tribunal Supremo utiliza las normas del Baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados en accidentes de circulación vigentes en el momento de los daños, y que figuraba como Anexo del TR-LRCSCVM de 2004. Dicha normativa, aplicable en otros ámbitos de manera orientativa, ha sido modificada por la Ley 35/2015, de 23 de septiembre, que introduce importantes cambios en esta regulación a efectos de la valoración de los daños y de las personas legitimadas para reclamarlos. En este sentido, v. LLAMAS POMBO, *Algo más que un nuevo baremo*, Práctica de Derecho de Daños, n.º 127 (2016), pp.1-ss. (I. D.-L.)

16. Responsabilidad civil médica: Transfusiones de sangre con secuelas de infecciones de VIH y de sida: *Dies a quo* de la acción: Doctrina jurisprudencial.—Es reiterada y pacífica doctrina de esta Sala (STS 19 de enero de 2011) la de que en los supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de curación o mejora, mediante el oportuno tratamiento continuado de las mismas, el cómputo del plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual no puede comenzar a contarse desde la fecha del informe de sanidad o de alta, en el que se consignen o expresen las referidas secuelas, sino que ha de esperarse a conocer el alcance o efecto definitivo de éstas, consecuente al tratamiento que de las mismas se ha venido haciendo, en cuyo supuesto ha de determinarlo el juzgador con arreglo a las normas de la sana crítica. También es doctrina reiterada (SSTS 27 de mayo de 2009 y 16 de junio, entre otras) que la determinación de este día inicial para el cómputo del plazo de prescripción corresponde, en principio a la Sala de instancia, no revisable en casación. Pero en el presente caso la apreciación de la prescripción presenta una dimensión eminentemente jurídica, lo que ha permitido a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables, que, en el caso, no se advierte haya sido vulnerada.

Como dice la STS de 18 de diciembre de 2014, es el conocimiento del padecimiento de la enfermedad y de su origen, junto con la confirmación médica de su posible evolución según el estado de la ciencia, el que ha de determinar el inicio del plazo de prescripción, pues desde ese momento «supo el agraviado» (art. 1968.2 Cc.) tanto la existencia del daño indemnizable como la identidad del responsable. Es evidente, como señala con acierto la recurrida, que con independencia de que en algunos documentos de 1997 y 1998 se hable del sida, y de que en los informes médicos de 2006 y 2008 se catalogue el estado de la paciente de VIH, lo que interesa a efectos de prescripción es, en primer lugar, que ha existido una progresión negativa de la enfermedad y, en segundo lugar, que no se pudo alcanzar el diagnóstico del sida hasta que el VIH no se estaba como C3, lo que se produjo en abril de 2008, en que lo fija la sentencia. A partir de este momento, que es el más grave, según la OMS, sólo cabe el agravamiento del estado del paciente en función de las infecciones oportunistas que le afectarán dada la inmunodefi-

ciencia que padece, o lo que es lo mismo a partir de este estadio C3 la enfermedad se cronifica, de tal forma que este daño, aun siendo continuado en sus efectos, dado su carácter crónico, no permite sostener que pueda quedar indeterminado el día a partir del cual pudo ejercitarse la acción. Lo contrario eliminaría, en la práctica, la prescripción, pues dada la posibilidad de cualquier nuevo acontecimiento sobrevenido, hasta el momento del fallecimiento del afectado, no comenzaría a computarse el plazo de prescripción aplicable, con la consiguiente creación de una indefinida situación de inseguridad jurídica, que es precisamente lo que trata de evitar, a toda costa, el instituto de la prescripción extintiva que, por lo demás, aun siendo de aplicación no rigurosa sino cautelosa y restrictiva, la jurisprudencia no puede derogar por vía de interpretación, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (SSTS de 22 de febrero de 1991, 15 de octubre de 2008 y 16 de marzo de 2010).

En el recurso la inexistencia de responsabilidad se relaciona con hechos distintos de los que ha valorado la sentencia, tanto sobre las pruebas de detección de los anticuerpos del VIH a toda sangre donada, como sobre la urgencia de la transfusión, por lo que se hace supuesto de la cuestión, basándose el motivo en hechos, si no opuestos, sí distintos de los que parte la sentencia recurrida.

Cuantía de las indemnizaciones por daños materiales o compensación de daños morales: Doctrina jurisprudencial.—Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, solo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía (STS de 28 de junio de 2012, y las que en ella se citan), lo que no ocurre en este caso en el que la fundamentación del motivo es insuficiente para desvirtuar las apreciaciones de la sentencia recurrida, amparado exclusivamente en no haberse tenido en cuenta los criterios jurisprudenciales sobre indemnización en materia de contagio del sida, sin establecer los criterios que, a su juicio, hubieran sido los correctos. Es cierto que el RD-Ley 9/1993, de 28 mayo, no es de aplicación obligatoria por los Tribunales, pero la recurrida lo utiliza con carácter orientativo, valorando y considerando el dolor, el daño y todas las circunstancias del caso, pasadas y futuras (enfermedades, ingresos hospitalarios, consecuencias psicológicas padecidas y que padecerá, afectación social) por lo que puede considerarse que la cantidad concedida no es desproporcionada, excesiva o infundada. **(STS de 2 de febrero de 2015;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La enferma nació en 1985, y a los ocho meses de vida fue ingresada en la UVI del Hospital Vall d'Ebron y se le realizaron dos transfusiones de plasma y una de concentrado de hemaféres. Entre 1987 y 1997 sufrió diversos episodios febriles y catarrales así como bronquitis, conjuntivitis, blefaritis, faringoamigdalitis, otitis, diarreas, sinusitis, neumonía de repetición y otras, además de adenopatía cervicolaterales, axilares y inguinales, y mesentérica. A consecuencia de estas transfusiones se detectó que estaba infectada por VIH y en 2008 fue diagnosticada de sida. La enferma y sus padres formularon demanda en reclamación de los daños y perjuicios.

cios que se les irrogaron a resulta de las transfusiones de sangre en la UCI del Hospital Vall d'Ebron, de cuya actividad era aseguradora la demandada, Zurich. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y fijó las indemnizaciones a percibir por los actores en 659.286,96 euros para la enferma y 60.240,96 euros para cada uno de sus padres. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia afirmando en particular que el Hospital es responsable del daño al transfundir sangre contaminada con el VIH a la enferma ya que a tenor de la doctrina del Sala 3.^a del Alto Tribunal plasmada en numerosas sentencias, cuando el virus VIH ha sido inoculado con anterioridad a su aislamiento y en ausencia de marcadores para detectarlo en sangre «la infección no puede considerarse una lesión o daño antijurídico porque el riesgo de soportarlo recae sobre la paciente, luego *a sensu contrario* la solución debe ser la existencia de responsabilidad del establecimiento sanitario». Asimismo que la indemnización a la paciente se establece teniendo en cuenta lo prevenido en el RD-Ley 9/1993, de 28 mayo, que se utiliza como criterio orientativo dados «los padecimientos que para la actora ha supuesto la enfermedad durante toda su vida y supondrá, por desgracia, en el futuro» (dando por reproducido lo señalado en la resolución de primera instancia), manteniendo la indemnización a favor de los padres por el daño moral padecido, sin devengar, en ambos casos, el interés del art. 20 LCS. (G. G. C.)

17. Responsabilidad extracontractual: Accidente de circulación: Indemnización de la Aseguradora por daños corporales: Cuantía: Doctrina jurisprudencial.—A partir de las dos STS de 17 de abril de 2007, del Pleno de la Sala 1.^a, constituye doctrina jurisprudencial constante y reiterada que *los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado*. Doctrina recogida posteriormente en otras muchas sentencias: Así las de 17 y 22 de noviembre, y 17 de diciembre de 2010; 9 de febrero y 19 de mayo de 2011; 12 marzo y 30 de abril de 2012; y 21 de enero de 2013. En aplicación de esta doctrina procede estimar el motivo primero, lo que comporta que, en ejecución de sentencia, la indemnización correspondiente a los diferentes conceptos concretados en la sentencia recurrida respecto del único perjudicado recurrente que formula pretensión sobre este particular, deba calcularse con arreglo a las cuantías publicadas para el año 2008 en la resolución de la DGS de 17 de enero de 2008, al ser un hecho no controvertido que la estabilización de las lesiones tras el periodo de baja (alta definitiva) tuvo lugar el 15 de abril de 2008.

Improcedencia de la aplicación de intereses moratorios del artículo 20 LCS.—El accidente de circulación tuvo lugar el 24 de julio de 2007 cuando, durante una maniobra de adelantamiento a un autobús, el conductor del turismo asegurado en la entidad demandada perdió el control, colisionó lateralmente con el autobús, se salió de la calzada y chocó contra un talud rocoso; resultaron lesionados dos ocupantes del turismo y, al parecer, el chófer. En virtud de atestado de la Guardia Civil se incoaron las diligencias previas

núm. 1038/07 por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Plasencia. Dentro del plazo legal de tres meses la aseguradora Mapfre presentó escrito indicando haber consignado 39.005,26 euros a favor de uno de los ocupantes y del conductor, sin mencionar el otro ocupante lesionado. El 25 de octubre de 2007 el Juzgado acordó no hacer entrega de las sumas hasta que los perjudicados formularan la denuncia, demorando su pronunciamiento hasta que el informe médico forense objetivase la realidad y entidad de las lesiones. Con fecha 16 de noviembre de 2007 los dos ocupantes lesionados presentaron escrito en el Juzgado solicitando que se les hiciera entrega de las cantidades consignadas «sin que proceda hacer pronunciamiento alguno en cuanto a la suficiencia o no de la cantidad consignada», manifestando además que no tenían intención de formular denuncia. El 5 de diciembre de 2007 la aseguradora interesó del Juzgado que se entregaran las cantidades consignadas a cuenta de las indemnizaciones que en su día pudieran corresponder a los ocupantes, y que también se entregara al conductor la suma de 16.562,58 euros «como indemnización total y definitiva de las lesiones, daños y perjuicios sufridos». Por providencia de 7 de diciembre de 2007, visto el estado de las actuaciones y la falta de denuncia, se acordó por el Juzgado de Instrucción estar a lo acordado en providencia de 25 de octubre de 2007, y devolver a la aseguradora la totalidad de la suma consignada. En la demanda contra la Aseguradora, los ocupantes admitieron haber recibido en concepto de indemnización las sumas respectivas de 20.797,28 euros y 22.442,68 euros, acompañando los recibos del pago efectuado en los que los demandantes renunciaban a reclamar los intereses previstos en el artículo 20 LCS. En el escrito de contestación a la demanda la aseguradora se allanó parcialmente a la demanda reconociendo una indemnización de 49.033,88 euros a favor de uno de los ocupantes, y de 20.033,88 euros a favor del otro.

Las razones para rechazar el motivo son las siguientes:

1.^a) De los hechos probados se desprende que la aseguradora actuó con arreglo a las exigencias impuestas por la regulación singular de la mora en el pago de las indemnizaciones derivadas de accidentes de circulación. En contra de lo que se sugiere en el motivo, la sentencia recurrida no declara probado que al tiempo de realizarse la primera consignación en las actuaciones penales, la compañía aseguradora tuviera posibilidad de conocer –sin esperar al resultado del informe forense– la concreta entidad de las lesiones, por lo que no cabe sostener que la consignación, por el concreto importe por el que se hizo, respondiera a una voluntad más aparente que real de la aseguradora de cumplir con sus obligaciones. Además, una vez que la aseguradora solicitó un pronunciamiento judicial sobre la suficiencia de la consignación, ha de entenderse que su conducta se ajustó a las exigencias legales y jurisprudenciales, sin que la inactividad del Juzgado a la hora de declararla o no suficiente pueda operar en contra de dicha entidad. Tampoco cabe hacer responsable a la aseguradora del retraso en la entrega de su importe, pues expresó por escrito su voluntad de ofrecer en pago la cantidad consignada, y nada tuvo que ver la conducta de dicha entidad con el archivo de la causa penal, debido exclusivamente a la inactividad de los perjudicados que, al no formular denuncia en plazo, abocaron al Juzgado de Instrucción a un pronunciamiento de archivo que comportó la devolución de la cantidad consignada a la aseguradora. Finalmente, en cuanto al deber de consignar al comienzo del proceso civil, la renuncia a reclamar los intereses del artículo 20 LCS, expresada por los perjudicados en el momento de recibir las sumas a cuenta de su indemnización, justificó la ulterior conducta de la aseguradora.

2.^a) Incluso en la hipótesis de que no se hubieran cumplido las anteriores exigencias, también resulta acorde con la doctrina jurisprudencial favorable a la existencia de causa justificada (regla 8.^a del art. 20 LCS), aun cuando esta Sala no pueda compartir el argumento relativo a la liquidez de la deuda, pues la jurisprudencia no permite apreciar justificación cuando la incertidumbre surge únicamente acerca de la cuantía de la indemnización. Pero la doctrina sobre la falta de efecto útil del recurso o de la equivalencia de resultados lleva a la desestimación del recurso cuando, como en este caso, el fallo de la sentencia recurrida, sustentado en gran parte en una argumentación no del todo aceptable jurídicamente, resulta, sin embargo, el precedente conforme a fundamentos distintos, ya contenidos en la propia sentencia, o bien que podrían haber concurrido para decidir la cuestión. En el presente caso, de la sentencia se desprenden otras razones fácticas y jurídicas que conducen a considerar que el no cumplimiento puntual de la aseguradora tuvo que ver, no con su negativa a hacer frente a sus obligaciones, sino con la propia conducta mostrada a lo largo del pleito por los perjudicados quienes, según la sentencia, no formularon denuncia, se opusieron a que se declarase suficiente la suma consignada y, además, expresaron en un momento determinado su voluntad de no reclamar intereses, conjunto de circunstancias que avalan la razonabilidad de la oposición de una aseguradora que vino mostrando a lo largo del pleito, tanto en las previas actuaciones penales como en el ulterior proceso civil «una actitud colaboradora y no obstruccionista al cumplimiento de sus obligaciones derivadas del seguro» (STS de 29 de julio de 2013). **(STS de 30 de marzo de 2015; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Mientras la estimación del primer motivo era, desde el principio, cuestión clara y pacífica en aplicación de la doctrina jurisprudencial en vigor, debe destacarse que la parte más extensa de la sentencia anotada (FD 5.^a a 7.^o, pp. 3 a 8 del texto oficial de la sentencia) se dedica a rechazar el segundo motivo, para lo cual se hace una minuciosa y encomiable explicación de una poco frecuente sucesión de hechos complejos, y en ocasiones contradictorios, que han concurrido, y acudiendo a la doctrina de falta de efecto útil del recurso se mantiene el fallo recurrido con argumentos diferentes, destacando ante todo la conducta claramente colaboradora con el Juzgado de la aseguradora. No se vislumbran las razones que han podido inspirar, en cambio, la actuación procesal de los perjudicados del accidente, únicos responsables en realidad del considerable retraso en resolverse el recurso. Sentencia merecedora de un juicio favorable. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

18. Montes vecinales en mano común.—Configuración histórica como bienes de titularidad colectiva, inalienables e imprescriptibles.—Los aprovechamientos de montes vecinales en mano común sientan sus bases en las estructuras económicas, sociales y políticas que marcaron las señas de identidad de la propiedad en el Antiguo Régimen, alejadas del concepto uni-

tario y pleno del derecho de propiedad que alumbró el pensamiento liberal, propio del Código Civil (art. 348) y caracterizadas por su carácter vinculado con la consiguiente prohibición de enajenar, elemento configurador, por otra parte, de la razón de su imprescriptibilidad. Connotaciones que ya figuraban en los textos normativos de la época (Ley 7.^a, Título XXIX, Partida Tercera), y que hizo a estos bienes resistentes a la acción de las leyes desamortizadas.

Reconocimiento legal de la figura en el Derecho civil gallego y en el Código civil. Conformidad con el modelo constitucional de organización del derecho civil.—El reconocimiento legal de estos aprovechamientos en la Compilación del derecho gallego, con sus características innatas de inalienabilidad e imprescriptibilidad, no se produjo *ex novo*, sino que trajo causa del Derecho foral consuetudinario vigente, aplicable en tanto se trata de una institución no decaída por el desuso, como fuente del derecho compilado. Por ello, debe entenderse el artículo 89 de la Compilación, al reconocer estos bienes como inalienables e imprescriptibles, que tales cualidades forman parte no solo del régimen normativo de las relaciones jurídicas actuales sino también, y especialmente, de las constituidas desde tiempo inmemorial que son, precisamente, de las que trae causa el presente instituto, tal como ha tenido ocasión de proclamar la jurisprudencia recaída en la materia (SSTS de 2 de febrero de 1965, 17 de enero de 1967 y 18 de noviembre de 1996). Este reconocimiento se coherente con el modelo autonómico de organización del derecho civil implantado por la CE de 1978, que atribuye la competencia exclusiva a la comunidad autónoma para regular en materias de conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego, en cuyo contexto debe enmarcarse la legislación gallega sobre montes vecinales en mano común. (STS de 3 de marzo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La Comunidad de montes vecinales de Figueirido (Pontevedra) ejerció una acción reivindicatoria contra el Ministerio de Defensa sobre dos parcelas ocupadas por el Ejército, al entender que las mismas formaban parte desde tiempo inmemorial del monte vecinal perteneciente a los vecinos del Concejo de Vila-boa. La Administración del Estado se opuso aduciendo que la alegada inalienabilidad e imprescriptibilidad de esta clase de bienes no vino a formar parte de su régimen jurídico sino después de publicarse y entrar en vigor la Compilación del Derecho Civil de Galicia de 1963. De manera que, las parcelas habrían sido adquiridas por el Estado por usucapación, dada la posesión que se venía ostentando de las mismas, desde 1898 y 1968 respectivamente. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la acción y declararon la nulidad de las cesiones llevadas a cabo, así como la imprescriptibilidad de dichas fincas, por lo que ordenaron su devolución a sus legítimos titulares. La Abogacía del Estado interpuso recurso de casación al considerar que se hacía una aplicación retroactiva de la Compilación de 1963, vulnerando con lo dispuesto en el artículo 2.3 CC y en la propia norma gallega. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso. (I. D.-L.)

19. Garantías para el cobro de las cantidades debidas a la comunidad conforme al artículo 9.1.e) LPH.—El artículo 9.1 LPH establece cuáles son las obligaciones de cada propietario. De todas ellas, cabe destacar la de contribuir, con arreglo a la cuota de participación, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización (letra e). Junto a esta norma, otro precepto importante es el artículo 21 LPH, que tiene una naturaleza eminentemente procesal, al establecer el procedimiento para exigir el cumplimiento de las obligaciones de contenido económico, como la del precepto antes señalado, cuando el comunero se constituyese en mora.

El deudor de la obligación establecida en el artículo 9.1.e) LPH es el propietario, algo que confirma el artículo 21.1 LPH. Y será responsable quien sea el propietario en el momento de producirse la obligación de satisfacer el gasto comunitario. El legislador es consciente de los graves problemas que plantea la morosidad de cara a que la comunidad pueda hacer frente a las necesidades más elementales para el adecuado sostenimiento del inmueble y de sus servicios. Con el fin de tutelar y proteger a las comunidades y asegurarles el cobro de las deudas de los propietarios morosos, se han previsto una serie de garantías.

En primer lugar, los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y a los tres años anteriores, tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1923 CC. Preceden, para su satisfacción, a los citados en los números 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores [art. 9.1.e). II LPH].

En segundo lugar, el adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la que tenga lugar la adquisición y a los tres años naturales anteriores. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación [art. 9.1.e). III LPH].

En tercer lugar, la obligación del propietario de comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, del cambio de titularidad de la vivienda o local. Quien incumpla esta obligación seguirá respondiendo de las deudas con la comunidad devengadas con posterioridad a la transmisión de forma solidaria con el nuevo titular, sin perjuicio del derecho de aquél a repetir contra éste. No obstante, tal responsabilidad no será de aplicación cuando los órganos de gobierno establecidos en el artículo 13 LPH hayan tenido conocimiento del cambio de titularidad de la vivienda o local por cualquier otro medio o por actos concluyentes del nuevo propietario, o bien cuando de dicha transmisión resulte notoria [art. 9.1.i) LPH].

El titular registral estará legitimado pasivamente para reclamarle el pago de la deuda en los siguientes casos: 1) cuando fuese propietario del piso o local en la época en la que surgió la obligación de la que nace aquélla; 2) cuando, sin perjuicio del derecho de repetición, sea el actual propietario del piso o local inscrito en el Registro de la Propiedad, por las deudas contraídas por los anteriores titulares dentro de los límites temporales que prevé el pre-

cepto con afección real del inmueble; 3) cuando el titular registral sea el propietario que ha omitido la comunicación del cambio de titularidad. En estos dos últimos supuestos, sin perjuicio del derecho de repetición contra el verdadero obligado. Fuera de estos casos no existe obligación legal por parte del titular registral al pago de las deudas por gastos de la comunidad, por lo que no tendría legitimación pasiva.

Ahora bien, cuando la comunidad, además de ejercitar la acción obligacional contra el que deba responder del pago, pretenda ejercitar la real contra el piso o local afecto al mismo, existiendo discordancia entre el deudor y el titular registral, será preciso que demande a éste para garantizar la ejecución de la deuda sobre el inmueble. Así debe interpretarse el artículo 21.4 LPH. (STS de 22 de abril de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios reclamó a la mercantil D una cantidad de dinero como propietaria de una vivienda sita en ese edificio, por los gastos comunes no satisfechos y gastos extraordinarios correspondientes a la rehabilitación de la fachada, adeudados a fecha de 30 de junio de 2010, en base a la liquidación aprobada en la Junta General Ordinaria de 14 de agosto de 2010. La parte demandada negó tener legitimación pasiva para la reclamación que se le dirigía, ya que si bien era titular registral de la vivienda, no era propietaria de ella, siendo propietario N.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al acoger la excepción de falta de legitimación pasiva. Argumentó lo siguiente: a) la reclamación frente al titular registral lo será al objeto de soportar la ejecución sobre el inmueble, pero no puede ser condenado al pago de la deuda, cuya obligación sólo recae sobre el propietario [arts. 9.1.e) y 21.1 LPH]; b) en la demanda se solicita única y exclusivamente la condena al pago de la cantidad reclamada, pero no la pretensión de soportar las consecuencias que la ejecución de la sentencia pudiera tener sobre la finca inscrita a su nombre; c) se considera probado que a la comunidad le constaba que la mercantil demandada no era la propietaria de la vivienda.

La actora interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la sentencia de primera instancia y condenando a la mercantil demandada al pago de la cantidad reclamada. La motivación de la Audiencia se basa en los siguientes argumentos: 1) el titular registral viene obligado a soportar la obligación cuyo pago se reclama porque el artículo 9 LPH extiende la legitimación pasiva no sólo al propietario actual de la vivienda, sino también al anterior por la anualidad vencida y la corriente al tiempo de la transmisión, dejando a elección de la comunidad la posibilidad de dirigirse contra el propietario actual, contra el anterior o contra uno o varios de ellos simultáneamente, sin perjuicio de repetir contra el actual propietario; 2) es indiferente quién sea el que haya venido pagando las cuotas o tenido por propietario a efectos de constitución de la Junta.

Contra la anterior sentencia la entidad demandada interpuso recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 9.1 y 21.4 LPH. El Tribunal Supremo estimó el recurso, señalando que cuando el deudor de las cuotas por gastos de la comunidad, por

obligación propia o por extensión de responsabilidad, no coincida con el titular registral, la reclamación frente a éste sólo será al objeto de soportar la ejecución sobre el inmueble inscrito a su nombre.

NOTA.—Las sentencias del TS de 25 de mayo de 2005, 25 de junio de 2006 y 25 de septiembre de 2014 ya habían dejado claro cómo el artículo 9 LPH impone al propietario, de forma clara e inequívoca, el pago de los gastos generales para el buen funcionamiento de los servicios comunes no susceptibles de individualización y atención de su adecuado sostenimiento, que no al usuario.

En cuanto a la legitimación pasiva del titular registral, la conclusión alcanzada por el TS en la presente sentencia ya la venía sosteniendo la DGRN. Así, en Resoluciones de 30 de junio de 1986, 18 de mayo de 1987 y 9 de febrero de 1997, entendió que si en el momento de interponerse la demanda de reclamación del pago de los gastos de comunidad, el piso o local hubiese pasado a poder de tercero en quien no concurra la condición de deudor personal de las mensualidades reclamadas, también contra aquél deberá dirigirse la demanda, pero no en cuanto a la pretensión personal de pago, sino en cuanto a la real por la que se pretende el reconocimiento o traslado al Registro de una afección real, coordinándose de este modo la especial protección brindada por el artículo 9.5 LPH con los principios de legitimación y tracto sucesivo. (S. L. M.)

20. Regla de *minimis* en compensación equitativa por copia privada de los derechos de propiedad intelectual en teléfonos móviles que tienen incorporado un reproductor de mp3.—El posible perjuicio o daño que podría ocasionarse con un aparato de telefonía móvil que tenga incorporado un reproductor de mp3, y sobre el que se pretende obtener una compensación equitativa por copia privada, merece la consideración de mínimo a efectos del artículo 25.6.4.^a LPI, si dicho aparato cuenta con escasa capacidad técnica de almacenamiento (una media entre siete u ocho fonogramas). El empleo de un dispositivo móvil como el descrito presenta una escasa virtualidad para realizar copias privadas, tanto en términos absolutos como relativos, en comparación con un dispositivo ordinario mp3 cuya capacidad de almacenamiento medio —en 2008— alcanzaba las seiscientos noventa y tres canciones. Por tanto, procede aplicar la regla *de minimis* sobre los teléfonos móviles.

Medida de la entidad del perjuicio a fin de su consideración como mínimo.—La entidad del perjuicio debe medirse respecto de cada uno de los teléfonos o dispositivos sobre los que se pretende aplicar el canon para obtener una compensación equitativa por copia privada, y no en atención a la suma de todos los dispositivos comercializados por una misma sociedad. No en vano, quien causa el perjuicio al titular exclusivo del derecho de reproducción es, en última instancia, el particular que, para su uso privado, reproduce una obra protegida sin solicitar autorización previa de aquél; la dificultad práctica de identificación del particular es la que permite a los Estados establecer, al objeto de financiar la compensación equitativa, un canon por copia privada, el cual grava a quienes ponen equipos, aparatos y soportes de reproducción digital a disposición de particulares o les prestan un servicio de reproducción (SSTJUE de 21 de octubre de 2010, caso *Padawan*; y 16 de junio de 2011, caso *Stiching de Thuiskopie*).

Base legal del derecho a la compensación equitativa contenida en el artículo 25.1 LPI.—Aunque el artículo 25.6 LPI previera que para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales el importe de la compensación a satisfacer por el deudor fuera la aprobada reglamentariamente por los Ministerios de Cultura y de Industria, el derecho a la compensación económica no viene reconocido por la Orden Ministerial correspondiente, sino por la ley. Por este motivo, ni la aplicación del artículo 25 LPI ni la reclamación de una determinada compensación por copia privada, basada en el mismo, pueden verse cercenadas por la (eventual) anulación de la Orden Ministerial.

Aplicación de la regla de *minimis* a las tarjetas de memoria.—Las tarjetas de memoria, adquiridas como complemento del teléfono móvil con el objeto de ampliar su exigua capacidad de almacenamiento, resultan idóneas a efectos de su utilización por los particulares para realizar copias privadas. Dichas copias, considerando que las tarjetas de memoria ostentaban —en 2008— una capacidad media para albergar seiscientos archivos sonoros, son relevantes a la hora de valorar el perjuicio real, respecto del derecho de compensación por copia privada. En consecuencia, sobre ellas no opera la regla de *minimis*, resultando procedente aplicarles el canon digital por copia privada. (**STS de 9 de marzo de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Tres entidades gestoras de derechos de propiedad intelectual (Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales, AGEDI; Artistas, Intérpretes o Ejecutantes Sociedad de Gestión de España, AIE; y Sociedad General de Autores, SGAE) interponen demanda contra Sony Ericsson reclamando el derecho de compensación equitativa por copia privada previsto en el artículo 25 LPI, derivado de las ventas de teléfonos móviles con reproductor mp3 incorporado y de las tarjetas de memoria correspondientes, durante el tercer y cuarto trimestre del año 2008.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid desestimó íntegramente la demanda por considerar que la Orden Ministerial, por la que se establecía la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada (Orden PRE/1743/2008) que desarrollaba el artículo 26.6.4.^a LPI, era contraria a la Directiva 2001/29/CE, así como a los artículos 25.6 y 31.2 LPI. La Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las entidades gestoras antedichas, condenando a Sony Ericsson a abonar a las aquéllas el canon correspondiente a las tarjetas de memoria correspondientes a los teléfonos móviles, así como el interés legal de la suma resultante desde la interposición de la demanda. La Audiencia Provincial distingue, en resumen, entre los teléfonos móviles y las tarjetas de memoria: procede aplicar la regla de *minimis* respecto de los teléfonos, no así respecto de las tarjetas.

La Sentencia de apelación es recurrida por ambas partes. Sony Ericsson formula recurso de casación, que afecta al pronunciamiento que estima la aplicación del canon a las tarjetas de memoria. Dos de las tres entidades de gestión (AGEDI y AIE) formulan sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. Éste último afecta a la desestimación del canon a los teléfonos móviles.

NOTA.—El pleito objeto de esta sentencia es posterior al que las tres mismas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual presentaron contra Nokia para la reclamación del canon aplicado a teléfonos móviles y tarjetas de memoria comercializadas por la empresa durante el mismo intervalo temporal. La sentencia que resuelve el recurso de casación del caso Nokia es la STS de 6 de marzo de 2015. Asimismo, hay que advertir que las referencias a los preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual se corresponden con la versión vigente en el segundo semestre de 2008, al que corresponden las ventas de dispositivos objeto del litigio; y, por consiguiente, con la versión resultante de la modificación operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio. (A. I. R. A.)

21. Eficacia positiva de la fe pública registral (art. 34 LH). Interpretación estricta respecto al momento en que debe existir la inscripción en favor del disponente.—El artículo 34 LH debe interpretarse en el sentido de que el requisito de la previa titularidad inscrita del derecho del disponente debe resultar cumplido en el momento mismo de la adquisición del tercero; no puede dejarse al tiempo de la inscripción registral de la adquisición por el tercero (interpretación flexible). La interpretación estricta se presenta como consecuencia lógica de la eficacia positiva de la fe pública registral y de su especial incidencia en el tráfico jurídico inmobiliario, de forma que el tercero que lleva a cabo un negocio adquisitivo confiando en la información brindada por el Registro ve convertida para él la situación registral en una situación ciertamente inatacable pudiendo amparar, inclusive, la adquisición a *non domino* (SSTS de 5 de marzo de 2007, y 7 de septiembre de 2007; ambas de Pleno). Esta especial proyección de la protección registral, como excepción a la dinámica aplicativa de las reglas generales de Derecho civil en materia de adquisición de los derechos reales (arts. 4 y 609 CC), justifica la interpretación rigurosa de la aplicación de los requisitos del artículo 34 LH.

La razón de esta interpretación descansa, además de en su proyección en el tráfico jurídico, en el propio fundamento que articula y justifica la protección de la fe pública registral: la confianza puesta en la exactitud de la información registral necesita, secuencialmente, la previa inscripción registral del derecho del transmitente. Desde la concurrencia secuencial de estos requisitos es desde donde se explica la situación inatacable del tercero como beneficiario de la fe pública registral.

Con ello, la posterior inscripción del derecho del tercero adquirente (art. 34 LH) constituye únicamente una *conditio iuris* a fin de hacer definitiva la protección registral ya operada.

Interpretación estricta de los requisitos legales para ser tercero hipotecario ex artículo 34 LH y derecho real de hipoteca.—La interpretación rigurosa en el cumplimiento de los requisitos legales para ser protegido por la fe pública registral tampoco se ve afectada por la peculiaridad inherente al negocio de constitución de la hipoteca, que no se adquiere ni constituye hasta el momento de su inscripción registral (arts. 1.875 CC y 145 LH). La razón imperativa del artículo 34 LH no distingue el alcance general que dispensa según la naturaleza de los derechos reales objeto de adquisición. Además, la propia razón lógico-jurídica del precepto, centrada en el fenómeno adquisitivo de la propiedad del tercero, impide que sea de mejor trato la adquisición de un derecho real de garantía (STS de 23 de septiembre de 2004). Por tanto,

si en el momento de otorgar la escritura de constitución de hipoteca a favor de la entidad acreedora, la titularidad dominical del deudor no figura inscrita en el Registro, no puede operar el principio de fe pública registral a favor de la entidad bancaria.

Interpretación rigurosa del artículo 34 LH y negocio jurídico complejo al momento en que debe existir la inscripción en favor del disponente.—Resulta irrelevante a los efectos de la interpretación estricta de los requisitos legales para ser tercero del artículo 34 LH tanto que los negocios de compraventa e hipoteca se celebren en unidad de acto, como que respondan a las características del denominado negocio jurídico complejo. (STS de 10 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Doña Carla vendió, por escritura pública, a la sociedad Z una porción de terreno de 4.913 m², segregada de una finca registral que comprendía un total de 7.078 m². Dentro del total de la finca se hallaba sita una vivienda con 800 m² de parcela circulante y la porción de terreno contiguo de 1.365 m², los cuales no formaban parte del objeto de la compraventa (de ahí la diferencia entre la porción enajenada a la sociedad Z y el total de la finca). Así, la compradora adquiriría la superficie de 4.913 m² obligándose a pagar por ella un precio total de 751.266 euros de los que la vendedora percibió inicialmente en metálico 270.456 euros. El resto del precio (480.810 euros) sería pagado mediante la obligación de urbanizar aquella porción de 800 m² más 1.365 m², es decir, los 2.165 m² a que quedaba reducida la matriz; y mediante la subsiguiente entrega a doña Carla de cuatro parcelas urbanizadas, dos de 800 m² en las que se ubica la vivienda y otras dos colindantes de 800 m² entre ambas. En la misma fecha de la venta y en la misma notaría, la sociedad Z adquirió otras tres fincas de otros titulares procediendo a su agrupación, y constituyendo seguidamente sobre la finca agrupada una hipoteca a favor de La Caixa, en garantía de un préstamo de 4 millones de euros.

No obstante, en la escritura de compraventa se incluyó indebidamente la vivienda descrita, la porción de terreno circulante (800 m²) y la superficie de terreno contigua (1.365 m²). La sociedad Z entra en concurso y doña Carla interpone demanda de incidente concursal contra la sociedad y contra La Caixa, solicitando que se declare que la vivienda y la parcela en la que radica, así como el terreno colindante, no formaban parte del objeto de la compraventa, por falta de intención de los contratantes de transmitir y adquirir tales elementos. También solicita la actora que se le reintegre la titularidad registral de ese terreno y vivienda, procediéndose a la segregación registral; y que se cancele la hipoteca constituida sobre los elementos que no fueron objeto de transmisión. La sociedad Z y la Administración concursal se allanan a la demanda. La Caixa, por el contrario, se opone reclamando la protección que otorga el artículo 34 LH por ser tercer adquirente de buena fe y reunir los demás requisitos exigidos por el precepto para ser mantenida en la integridad del derecho real de garantía.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona dicta sentencia estimando la demanda en cuanto a la nulidad parcial del contrato de

compraventa respecto a los elementos erróneamente incluidos; pero desestimándola en cuanto a la pretensión de cancelación de la hipoteca por entender que doña Carla conoció la constitución de la hipoteca sin oponerse, y por no apreciar mala fe en La Caixa. Contra la sentencia de primera instancia se alza en apelación doña Carla y la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dicta sentencia estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto, con la consiguiente cancelación de la hipoteca. A juicio de la Audiencia La Caixa no puede reclamar la protección del artículo 34 LH, porque en el momento de otorgar la escritura de constitución de la hipoteca el Registro no mostraba a la sociedad Z como titular registral de la finca, sino a doña Carla. La Caixa interpone recurso de casación, articulado en un único motivo, por infracción del artículo 34 LH.

NOTA.—La interpretación flexible del artículo 34 LH relativa al momento en que debe existir la inscripción en favor del disponente ha sido defendida, en nuestra doctrina, por algunos autores, entre los que destaca Sanz Fernández [*Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 1947, p. 382]. Para Sanz Fernández el requisito de inscripción en favor del transferente «no debe ser interpretado en el sentido de que el transferente del derecho ha de tener el suyo inscrito en el momento de realizar el acto o contrato de transmisión, cosa que literalmente parece exigir el artículo 34. Basta que el disponente sea titular inscrito en el momento en que el acto o contrato se inscribe, de forma que la cadena de transmisiones se desenvuelva normalmente, cumpliéndose el artículo 20, y que, remontando el título en virtud del cual tiene el derecho el transferente, se llegue a un titular inscrito [...]. Es, pues, indiferente que la previa inscripción se practique antes o después de realizarse el acto o contrato: únicamente es necesario que la inscripción se practique en forma normal y corriente». Díez Picazo [*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, 5.ª Ed., 2008, Pamplona, p. 533], por su parte, no se decanta abiertamente por ninguna de las dos interpretaciones y pone de manifiesto, al menos indirectamente, lo controvertido de la cuestión: «La deducción lógica del principio de fe pública —contratar o celebrar negocios jurídicos adquisitivos fundándose en la confianza y en la fe que el Registro inspira— parece colocarse en favor de la primera tesis [la inscripción en favor del disponente debe existir en el momento de perfección del negocio jurídico adquisitivo]. Sin embargo, hay que admitir que, partiendo de una inscripción registral vigente y pudiendo derivar de ella el derecho del disponente, hay también razones o argumentos de protección del tráfico jurídico que favorecen claramente la segunda tesis». Gordillo Cañas [«El principio de fe pública registral (II)», *ADC*, 2008, Fasc. III, p. 1.071] rechaza la interpretación flexible del precepto y entiende que ésta «además de no reparar en las diferencias que separan el principio organizador y adjetivo del tracto sucesivo respecto al principio sustantivo y material de fe pública registral, está en oposición con la ratio de este último: la previa inscripción es necesaria en tanto que sobre ella debe apoyarse la buena fe animadora y cualificadora del acto adquisitivo que el principio de fe pública registral va a proteger». No obstante, este mismo autor [*op. cit.*, p.1.070,

nota 45, *in fine*] advierte cómo la STS de 11 de julio de 2005 se refiere al problema «presentándolo como *quaestio controversa*». Esta sentencia llama la atención sobre el criterio de interpretación flexible, el cual entiende procedente «con sólidos argumentos y con base, además, en la protección del tráfico jurídico, que se cumple el requisito si al tiempo de la adquisición del dominio el transmitente tenía título para disponer y acceder al Registro». Pese a lo controvertido de la cuestión, la línea seguida por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo —plasmada en la sentencia objeto de extracto— en cuanto a exigir la previa titularidad inscrita del transmitente en el momento de la perfección del contrato ha sido continuista, lo cual justifica la Sala 1.^a «tanto por el tenor literal del artículo 34 LH como por la protección que éste dispensa, básicamente fundada en el Registro, y, en fin, por el privilegio que para el tercer adquirente representa la tradición instrumental al margen de su efectiva posesión material de la finca» (SSTS de 22 de junio de 2001; 22 de abril de 1994, 12 de noviembre de 1970, 24 de abril de 1962, y 11 de mayo de 1909). (A. I. R. A.)

DERECHO DE FAMILIA

22. Filiación no matrimonial: Apellidos del menor: Reconocimiento materno en el acta de nacimiento y tardío reconocimiento: Criterio de nueva Ley de Registro Civil con vigencia aplazada: Superior interés del menor: Interpretación correctora del derecho vigente.—Es doctrina de esta Sala autorizar una respuesta conjunta a los diferentes motivos del recurso de casación cuando exista un enlace común entre ellos que así lo aconseje, y así se procederá en este recurso, al ser el interés del menor el que subyace, en esencia, en todos los motivos.

En términos de estricta legalidad vigente no existe duda respecto de la decisión adoptada por la sentencia recurrida, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 CC, artículos 53 y ss. LRC y artículo 194 RRC. Así, en defecto de la opción prevista en el artículo 109 CC, que es el caso presente, el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre.

La respuesta, sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor; por lo que la Sala ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de éste (SSTS de 29 de marzo, 1 de abril y 10 de octubre de 2011, y 5 de noviembre de 2012).

Recientemente recordaba la STS de 27 de octubre de 2014 que la CE de 1978, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de esta, con carácter singular, la de los menores. El mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la

Ley 21/1987, de 17 noviembre, que modifica el CC y la LEC en materia de adopción y otras formas de protección de menores. Con esta Ley tuvo lugar la denominada desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor. Más adelante se promulgó la LO 1/1996, de 15 enero, Ley de Protección Jurídica del Menor. Toda esta normativa se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York 1959) y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1989).

En toda la normativa internacional, estatal y autonómica late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura pues como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.

En la Exposición de Motivos de la Ley del Registro Civil de 2011 se dice que «el nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos». En el art. 49 se dice que en la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le corresponde según su filiación. Dado que la filiación determina los apellidos, si está determinada por ambas líneas los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. En caso de falta de acuerdo se requerirá a los progenitores o a quienes ostenten la representación legal del menor para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor. En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos, y el progenitor puede fijar su orden. Es, pues, el interés superior del menor el que inspira el legislador de esta Ley para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores, confiando que sea el Encargado del Registro Civil el que valore tal interés y asuma la decisión.

Evidentemente la meritada Ley no ha entrado en vigor, pero autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor. La DF 10.^a LRC motiva su largo periodo de *vacatio legis* cuando afirma que *hasta la entrada en vigor de la presente Ley, el Ministerio de Justicia adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los RRCC dentro del proceso de modernización de la Justicia*. Se trata de una dilación exigida por razones estructurales y organizativas del nuevo Registro Civil, que no por inexigibilidad de los principios que informan sus novedades normativas.

Así ha venido interpretando la legislación vigente el TC en la STC 167/2013 de 7 de octubre, por entender comprometido el derecho fundamental a la propia imagen del menor del artículo 18.1 CE, en un supuesto similar al presente en el que existe un nacimiento con una sola filiación, determinando ésta los apellidos, y a consecuencia de un reconocimiento tardío en el inicio del procedimiento judicial, al que se suma el de duración de éste, el cambio del orden de los apellidos alcanza al menor a una edad en que tanto la vida social como en la escolar es conocido por el primer apellido en su día determinado. La sentencia se detiene en hacer ver la notoria relevancia identificativa del primero de los apellidos, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: i) Las normas registrales del orden de apellidos están dirigidas al momento anterior a la inscripción registral de nacimiento, concediendo a los padres una opción que ha de ejercitarse «antes de la inscripción» y, de no realizarse, se aplica el orden supletorio establecido reglamentariamente; ii) En el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y en el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona; iii) El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar. Desde esta perspectiva constitucional, debió ponderarse especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos, por lo que se concluye reconociendo la vulneración del contenido constitucional del artículo 18.1 CE.

En atención a lo anteriormente razonado se debe estimar el recurso y, asumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de la madre, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Guadalajara, ordenando que en el orden de los apellidos del menor el primero sea el de la línea materna y el segundo el de la paterna (STS de 17 de febrero de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.] (G. G. C.)

23. Divorcio: Efectos sobre los hijos menores: Custodia compartida: Interés del menor: Doctrina jurisprudencia.—La interpretación del artículo 92, párrafos 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 de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren algunos de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma: *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 concurren 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 la STS de 25 de abril de 2014 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 ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013, *se prima el interés del menor y este interés, que ni el art. 92 Cc ni el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel.* Declarando la sentencia de 2 de julio de 2014 que *lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.*

Marco común de referencia que sustente un crecimiento armónico de la personalidad del menor.—Puesta en relación la doctrina mencionada con los razonamientos de la resolución recurrida se debe concluir que no se ha respetado la doctrina casacional dado que las razones que se esgrimen para desaconsejar la custodia compartida no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los padres, ambos profesores universitarios, sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo. La condena por coacciones de la esposa al cambiar la cerradura de la vivienda por decisión unilateral no se estimó demérito alguno por su esposo, y las discrepancias por el colegio del menor y sus consecuencias económicas suponen una divergencia razonable. Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer en dos profesionales, como los ahora litigantes.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. y a la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del artículo 92 CC y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres evitando los desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. A falta de acuerdo, el reparto de tiempo

de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostente la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo de esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada. Si fuese festivo el lunes, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro. Los periodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares, el padre, y los impares, la madre. Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%, dada la igualdad de profesión y retribución, declarada en la sentencia recurrida. En cuanto a la vivienda familiar, deberán instar a través del cauce procesal oportuno. **(STS de 16 de febrero de 2015; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El matrimonio se había contraído el 7 de mayo de 2004, y la sentencia de 27 de diciembre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Sevilla decreta el divorcio con medidas un tanto confusas en cuanto a la custodia del hijo menor, pues se atribuye a la madre y a continuación se dice «compartida la patria potestad con el otro progenitor», si bien el uso del domicilio familiar se atribuye también a la madre. La sentencia de 30 de diciembre de 2013 de la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, rechaza la apelación de ambos cónyuges. El padre al recurrir solicitó expresamente la custodia compartida, a la que se adhirió el Fiscal. Al enumerar la madre las medidas definitivas que solicitó desde el principio mostró alguna amplitud y flexibilidad a la hora de describir las facultades que correspondían en esta materia a su ex-esposo, aunque sin mencionar expresamente la custodia compartida.

NOTA.—Creo que esta sentencia permite entrar en una nueva fase a la *guarda compartida*, institución que anteriormente oscilaba entre alabanzas teóricas y constantes negativas, salvo excepciones muy singulares, a la hora de su reconocimiento efectivo por parte del Tribunal Supremo. Ahora parece que se opta por un criterio más realista al establecer «que no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer en dos profesores universitarios». Pese a una cierta indefinición creo significativo la exigencia de «un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad» (la del menor). Requisito para lograr evidentes beneficios igualmente compartidos (fomentar la integración del menor con ambos padres; evitarle el sentimiento de pérdida; no cuestionar la idoneidad de los progenitores; estimular en el futuro la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que hasta entonces se ha venido desarrollando con eficiencia). (G. G. C.)

24. Matrimonio: Divorcio: Atribución del uso de la vivienda familiar a la ex-esposa y a la hija menor: Desahucio por precario instado por adquirente en subasta: Doctrina jurisprudencial.—El marido de la demandada adquirió en estado de soltero, el 23 de enero de 1996, la vivienda objeto del desahucio, subrogándose en el préstamo garantizado con hipoteca que la gravaba. Más tarde contrajo matrimonio del que nació una hija y la meritada vivienda

constituyó el domicilio familiar. Por sentencia de 21 de marzo de 2006 se declaró la disolución por divorcio, atribuyendo a la hija y a la madre, cuya guarda se le confiaba, el uso de la vivienda familiar. El recurso de apelación se decidió el 13 de marzo de 2007. Por impago del préstamo garantizado con hipoteca la entidad prestamista inició en julio de 2009 el procedimiento de ejecución, que culminó con la subasta del piso el 28 de octubre de 2010, en la que compareció la ex-esposa haciendo valer su derecho de uso. El 29 de noviembre de 2010 se decretó la adjudicación de la vivienda al rematante, acordándose la cancelación de la hipoteca y todas las amortizaciones e inscripciones posteriores a aquella. El adjudicatario instó el desahucio por precario, que fue estimado por sentencia del Juzgado de Primera Instancia el 5 de junio de 2012, siendo estimado el recurso de apelación, y rechazado el desahucio, por sentencia de 22 de febrero de 2013, de la Sala 6.ª de la Audiencia Provincial de Valencia. El TS declaró el interés casacional del recurso.

La sentencia de Pleno de la Sala de 14 de enero de 2010 declaró que *el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en aplicación del art. 96 Cc se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se ha atribuido el uso, solo o en unión de los hijos, según se infiere del art. 96, último pár. Cc. El alcance de la facultad de oponerse a la reclamación por parte de un tercero de la vivienda ocupada por uno de los cónyuges ha sido determinado por la jurisprudencia según las circunstancias de cada caso, aplicando el principio de que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente*. Tras exponer las vacilaciones experimentadas por la jurisprudencia de la Sala en cuanto a la determinación de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido por sentencia y sus efectos y por ende, la necesidad de unificación de doctrina, afirma que así se ha hecho y fijado por la STS de 18 de enero de 2010, la cual concluye en cuanto a la naturaleza del derecho de uso que *«el Cc no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el art. 83 CF y el art. 233-22 del proyecto del Libro II del Cccat se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el RP. De ahí que la sentencia de 14 de enero de 2010 afirme que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar; cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el RP (RDGRN de 10 de octubre de 2008)*.

Régimen matrimonial primario: Protección de la vivienda habitual: artículo 1320 CC: Vivienda propiedad del marido, adquirida en estado de soltero, subrogado en hipoteca: Doctrina jurisprudencial.—La aplicación de la doctrina jurisprudencial precedentemente expuesta debe ser amoldada a las circunstancias de cada caso, y así ha obrado esta Sala en la STS de 8 de

octubre de 2010, en un supuesto en el que la vivienda familiar era bien privativo del marido, el cual la hipotecó y su esposa compareció en el acto de constitución de la hipoteca y otorgó su consentimiento. Esta resolución ha buscado otra fundamentación adicional acudiendo al régimen matrimonial primario. Así dice que *la jurisprudencia ha interpretado el art. 1320 como una norma de protección de la vivienda familiar (SSTS de 3 de enero de 1990 y 31 de diciembre de 1994). La doctrina, a su vez, considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real. El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como «declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno –es decir, concluido por otro– por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte», siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión.* Habiendo mediado el consentimiento de la esposa, al ser válido el negocio, la conclusión que se alcanza es que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la ex-esposa y sus hijas, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, es decir, el derecho de uso, es, en todo caso, posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca, consentida por la esposa.

Si tal doctrina jurisprudencial se aplica al supuesto objeto del recurso la conclusión debe ser la no oponibilidad de ese derecho de uso al adjudicatario del bien a consecuencia de su enajenación forzosa en subasta pública. El argumento de que la esposa no consintió la constitución de la hipoteca sobre la vivienda familiar, bien privativo del marido, no se sostiene. Difícilmente podía ser de aplicación el artículo 1320 CC y la doctrina de la Sala sobre el mismo en un momento en que no existía matrimonio, ni siquiera convivencia, y en el que, por tanto, no constituye vivienda familiar. Aquí el consentimiento de la esposa no puede exigirse para la constitución de la hipoteca por tales circunstancias, y tal consentimiento se desplaza al acto de aceptar que ocupen tras el matrimonio, como vivienda familiar el bien privativo del marido que éste trae al mismo con tal naturaleza pero gravado con hipoteca. El negocio fue, por tanto, válido, y la conclusión debe ser que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda contraída por el marido para su adquisición, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y su hija, sin que sea de aplicación el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, esto es, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca cuya existencia era previa a la celebración del matrimonio, aceptando la esposa que dicho bien, que garantizaba con hipoteca el precio de su adquisición por el marido en estado de soltero, constituyese la vivienda familiar cuando contrajeron matrimonio. **(STS de 6 de marzo de 2015; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.] (G. G. C.)

25. Matrimonio: Régimen pactado de separación de bienes: compensación económica del artículo 1438 CC: ratificación de la doctrina jurisprudencial.—Es cierto que el derecho a la compensación que prevé el artículo 1438 CC ha dado lugar a una respuesta contradictoria en la doctrina y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Lo que ha hecho la STS de 14 de julio de 2011, reiterada en la de 31 de enero de 2014, es poner fin a esta controversia diciendo lo que quería decir, y no lo que dice la sentencia recurrida. Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa y no excluiría, de otro cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen (STS de 14 de julio de 2011).

Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo en casa cuando la relación termina (Navarra, Aragón y Baleares) y que aquellos que establecen como régimen primario [=régimen legal] el de la sociedad de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer convenir otro distinto, como el de separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial pero en el que es posible pactar con igualdad el reparto de funciones en el matrimonio y fijar en su vista los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, lo que no ocurre en aquellos otros sistemas en los que se impone como régimen primario [=legal] el de separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del artículo 1438 CC, como es el caso del artículo 232.5 CC catalán en el que se tiene en cuenta el mayor trabajo de uno de los cónyuges para el caso («sustancialmente»), así como el incremento patrimonial superior, o del artículo 12 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia en el que también se compensa el trabajo para la casa considerando como tal, no solo lo que constituye este trabajo específico, sino «la colaboración no retributiva o insuficientemente retribuida» que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

En el presente caso, son hechos probados que fue la esposa la que esencialmente se ocupó de la casa familiar y de la atención de los hijos cuando eran pequeños, ayudada por una empleada, lo cual no fue óbice para que desarrollase una actividad laboral (apertura de una tienda de ropa de niños) y

que trabajara antes para una empresa del esposo hasta que cerró, sin que se haya aclarado si tal empleo fue o no retribuido durante todo el tiempo en que lo desempeñó, o sólo durante parte de ese tiempo.

La sentencia recurrida se opone a la doctrina de esta Sala y debe ser casada en este aspecto, sin entrar a analizar las evidentes contradicciones existentes en las Audiencias Provinciales en la interpretación de la norma.

El Pleno de la Sala reitera la siguiente doctrina jurisprudencial: *El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.*

Requisitos de la pensión compensatoria: Extinción por vida marital.–

El motivo cuestiona el «elenco probatorio» de la sentencia para concluir que la valoración de las circunstancias concurrentes (económicas, familiares y personales) comportaría necesariamente la inexistencia de desequilibrio económico; valoración que excede ampliamente del objeto del presente recurso de casación en el cual únicamente se constata la infracción de las normas sustantivas aplicables sin alteración de los hechos que la sentencia recurrida ha fijado como debidamente probados, incluida la pretensión de que se extinga la pensión por aplicación del artículo 101 CC (vida marital), aspecto que modifica la base fáctica de la sentencia que ha considerado no acreditado el alcance de la relación de la esposa con otra persona. **(STS de 26 de marzo de 2015; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (*G. G. C.*)

26. Matrimonio: Régimen económico de separación de bienes: Divorcio: Reiteración de la doctrina jurisprudencial sobre compensación por trabajo para casa.–Se reitera la establecida por el Pleno de la Sala en SSTs de 14 de julio de 2011, 31 de enero de 2014 y 26 de marzo de 2015: *El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.* **(STS de 14 de abril de 2015; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–La esposa solicita la separación del matrimonio celebrado en 1985, y, entre otras peticiones, pide una pensión indemnizatoria de 100.000 euros. El marido reconviene instando el divorcio y se opone al pago de la pensión. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcoy declara el divorcio y reduce la indemnización a 63.498,6 euros. La sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Alicante reduce todavía la indemnización a 20.000 euros. El Pleno de la Sala 1.^a TS declara que son hechos probados que la esposa desde que pactara el régimen de separación a través de capitulaciones vino desarrollando un trabajo en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo, y que por este trabajo fuera del hogar percibía una retribución que oscilaba sobre los 800 euros,

lo que es incompatible con el derecho a obtener la compensación económica del artículo 1438 CC.

NOTA.—En relación también con la STS del Pleno de 26 de marzo de 2015, cabe mencionar el precedente de la STS de 31 de enero de 2014, extractada en ADC 2015, pp. 1643-1644, con anotación de G. G. C., calificada de sentencia «pedagógica», a lo que puede añadirse de «disuasoria» para otros supuestos con elevadas sumas indemnizatorias reclamadas. Ahora parece que, incluso, cabría también calificar de «singular» esta doctrina jurisprudencial que el Pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo está manteniendo resueltamente desde hace ya un quinquenio, apartándose claramente de los criterios con que se argumenta, en uno u otro sentido, por parte de la actual doctrina científica en relación con la prestación por el trabajo para la casa. Hay que convenir en el cambio de la realidad social familiar desde 1981, que pueda acaso conducir a una inaplicación generalizada del artículo 1438 en los territorios de vigencia del CC, facilitada por el rechazo habitual de los tribunales. Nótese la modestia de las sumas que se otorgan en el supuesto de la presente sentencia. Sería recomendable un estudio sociológico del tema. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

27. Derecho de sucesiones: Vecindad foral navarra de la testadora:

Prueba: Infracción procesal.—Resulta conveniente recordar que la restrictiva doctrina desarrollada por esta Sala, durante la vigencia de la Lec 1881 sobre el control en casación de la valoración arbitraria o ilógica de la prueba, mantiene su vigencia, si bien dentro del ámbito que ahora es propio, del recurso extraordinario (STS de 28 de noviembre de 2008). Se ha venido indicando que procede la revisión probatoria: a) cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS de 18 de diciembre de 2001 y 16 de marzo de 2007); b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS de 21 febrero y 13 de diciembre de 2003, y 9 de junio de 2004) o se adopten criterios desorbitados o irracionales (SSTS de 18 de diciembre de 2001 y 19 de junio de 2002); c) cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible o se falseen de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial (SSTS de 19 julio y 30 de noviembre de 2004); d) cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia (SSTS de 23 de mayo de 2004 y 29 de abril de 2005); y e) no le será factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, desarticularla para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones (SSTS de 8 de marzo de 2007, y 8 de febrero y 10 de diciembre de 2008, con cita de 10 de julio de 2003 y 9 de octubre de 2004).

En el presente caso esta Sala no puede compartir el criterio de la parte recurrente que sostiene que el proceso valorativo de la prueba, llevado a cabo por la sentencia recurrida, se ha realizado de un modo incorrecto infringien-

do la doctrina jurisprudencial expuesta. En realidad muestra simplemente su discrepancia con los hechos declarados probados realizando una valoración alternativa de la base fáctica que resulta conveniente a la tesis sustentada por la recurrente.

A mayor abundamiento de lo declarado, la vecindad foral navarra de la testadora queda suficientemente acreditada por los siguientes hechos destacados en la sentencia recurrida: A) Por residencia continuada de diez años, conforme a la abundante prueba en autos respecto del empadronamiento y residencia real de la causante; todo ello con una clara correlación secuencial de las circunstancias vitales que acompañaron su vida; B) Por la información derivada del DNI de la causante, en donde la fecha de expedición y renovación del mismo concuerdan con la residencia en Navarra en los periodos que declara la sentencia de la Audiencia Provincial. C) Por los testamentos y acta notarial de manifestaciones, en donde la testadora expresa ante notario su voluntad de conservar la vecindad foral navarra (en doce testamentos a lo largo de su vida y en un acta notarial, año y medio antes de fallecer). D) Por numerosos hechos y documentos que de forma complementaria acreditan su vecindad foral, aunque con estancias intermedias en Madrid, (así certificaciones del Alcalde del pueblo navarro de residencia, domiciliaciones de vehículos, consumos de teléfono, electricidad y agua de su casa en aquél, cuentas abiertas, declaraciones fiscales y, en suma, hasta el propio expediente de adopción de la recurrente tramitado en el Juzgado de Tudela, correspondiente al domicilio navarro de la causante).

Adquisición de la vecindad navarra por el esposo de la causante.—La sentencia recurrida, de forma acertada, puntualiza que el plano sustantivo que pudiera derivarse de la adquisición de vecindad civil navarra del esposo de la causante, mediante expediente ante el Registro Civil en 1989, para nada influye en la vecindad foral navarra ya consolidada por la causante a través de los diez años de residencia señalados. Adquisición que tampoco se vio alterada por la reforma del artículo 14.4 CC, operada por la Ley 11/1990, pues la causante, y de esto no hay duda razonable, no sólo siguió ostentando dicha vecindad foral, sino que se reafirmó en la misma.

Cautela Socini: Caracterización y alcance de su validez testamentaria: Doctrina jurisprudencial aplicable.—En relación con esta cláusula, debida al jurista Mario Socino, autor a mediados del siglo XVI de un dictamen a su favor, ha existido una discrepancia en la anterior jurisprudencia española, con pronunciamientos que han ido desde la admisión y validez de esta cautela hasta su inaplicación (así en SSTS de 6 de mayo de 1953, 12 de diciembre de 1958, 8 de noviembre de 1967 y 8 de junio de 1999, entre otras). La reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala ha profundizado en la naturaleza y alcance de la *cautela Socini*, resaltando su validez como disposición testamentaria (SSTS de 17 de enero y 3 de septiembre de 2014). Desde el desarrollo lógico-jurídico de la figura se observa que la prohibición impuesta por el testador de recurrir a la intervención judicial, en las operaciones de ejecución testamentaria llevadas a cabo por el comisario contador-partidor, no afecta directamente al plano material de ejercicio del derecho subjetivo del legitimado, que conserva, de modo intacto, las acciones legales en defensa de su legítima, pues su incidencia se proyecta exclusivamente en el marco de la disposición testamentaria como elemento condicionante que articula el juego de la correspondiente opción que da sentido a la *cautela Socini*. No hay, por tanto, contradicción o confusión en orden a la eficacia estrictamente testamentaria de la cautela dispuesta. De la delimitación seña-

lada se desprende que la correcta relación que cabe establecer de los planos en liza es la de su complementariedad en el plano formal de la disposición testamentaria de la cautela, particularmente de la configuración o alcance de su elemento condicionante como clave de la sanción impuesta. En este sentido, desde la razón de complementariedad señalada, lo relevante a los efectos de la aplicación testamentaria de la *cautela Socini* es tener en cuenta que el incumplimiento de la prohibición que incorpora no se produce, o se contrasta, con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues no todo fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria llevada a cabo queda comprendido en la prohibición impuesta en la *cautela Socini*. En efecto, desde la validez conceptual de la figura, se debe indicar que solo aquellos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurrirán frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria. Por contra, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia deferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción.

Validez de la cláusula Socini en Derecho navarro.—En el presente caso, la testadora había contemplado la cláusula *Socini* en la cláusula undécima de su testamento, con el siguiente tenor: «*Prohíbe toda intervención judicial en su herencia y expresamente dispone que aquel que impugnase lo establecido en este testamento, por cualquier motivo, quedará privado de cualquier derecho sobre la herencia de la testadora*». Conforme al contexto doctrinal descrito, no cabe duda que el contenido impugnatorio del testamento y participación que subyace en la acción ejercitada por la heredera demandante, ya sea calificada de acción de suplemento, del artículo 815 CC, ya sea de acción de rescisión de la partición, del artículo 1074 CC, se dirige a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por la testadora, de forma que incurre frontalmente en el marco de la prohibición dispuesta y comporta la sanción correspondiente, esto es, el acrecimiento de los derechos hereditarios a favor de los demás herederos y la atribución de la legítima estricta al beneficiario impugnante; en este caso, de la legítima prevista en la Compilación navarra sin contenido patrimonial. (STS de 21 de abril de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—La singularidad de la concepción de la legítima hereditaria en el Derecho foral navarro obligaba ciertamente a la recurrente a un verdadero dilema argumental de su demanda. En efecto, según la Ley 267 del Fuero Nuevo: «La legítima navarra consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos «febles» o «carlines» por bienes muebles y una roba-da de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las

deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero». La legitimación de los hijos adoptados con adopción plena figura expresamente en la Ley 268.1. En el caso, la prueba aportada sobre la vecindad civil de la adoptante y causante resulta plenamente convincente. Junto a esta materia estrictamente foral resuelta por la Sala 1.^a destaca el profundo análisis de la *cautela Socini* que interesa directamente a los territorios de derecho común, amplia doctrina jurisprudencial que viene a completar la mantenida en SSTS de 17 de enero y 3 de septiembre de 2014. Extensa información sobre la situación de las legítimas en Derecho español (común y foral o civil) así como en el Derecho alemán, por CÁMARA LAPUENTE, en VVAA (coord. M. A. Pérez Álvarez), *Curso de Derecho civil (V) Derecho de sucesiones*, 1.^a ed. Colex, Madrid 2013, pp. 47-57.

En relación con la nueva doctrina jurisprudencial de la *doctrina Socini*, tal como se expuso por el mismo Ponente en STS de 17 de enero de 2014, v. mi extracto en ADC, 2015, pp. 1645-1648. (G. G. C.)

28. Sucesión testamentaria: Donación: Partición hereditaria: Nulidad parcial: Colación.—El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad parcial de un proceso de división judicial de herencia en donde al coheredero recurrente se le hizo una adjudicación de los bienes que previamente había recibido por donación inter vivos, y se le imponía la obligación de compensar dinerariamente a los restantes coherederos por el exceso recibido respecto de la parte o cuota hereditaria, todo ello conforme a la valoración de los bienes en el momento particional.

Como antecedentes del presente caso, deben destacarse los siguientes hechos: A) El causante de la herencia, Don Gonzalo, otorgó válido y último testamento el 4 de junio de 1992, con la siguiente disposición patrimonial de sus bienes: «Reconoce a su esposa, D.^a Yolanda, la cuota legal usufructuaria que le asigna el Cc, y en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, instituye y nombra, por sus únicos y universales herederos, a sus citados diez hijos, en partes iguales, a los que sustituye vulgarmente por sus respectivos descendientes». B) Con anterioridad, el 10 de diciembre de 1987, el causante había dispuesto por donación en favor de su hijo don Gonzalo, de la mayor parte de su patrimonio, si bien a título de anticipo de legítima y derechos testamentarios que le pudieran corresponder. C) Con posterioridad a esta donación, el 30 de julio de 1991, Don Gonzalo y el resto de sus hermanos, a excepción de uno de ellos por ausencia, firman un documento privado en el que el donatario declara su voluntad de transmitir una novena parte de las fincas donadas a cada uno de sus hermanos, destacando que de este modo se da cumplimiento a la voluntad realmente querida por el donante, lo que se confirma por el propio donante que, en prueba de ello, asiste y firma el citado documento con el resto de sus hijos. D) En el procedimiento de división judicial de la herencia, todos los hermanos mostraron su conformidad a la inclusión de los bienes donados a favor de uno de ellos, el aquí recurrente; por su parte, el cuaderno particional se elaboró por un contador partidario nombrado de mutuo acuerdo por los herederos. No obstante tras la impugnación del acuerdo particional por la parte recurrente y su estimación parcial por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba, la Audiencia Provincial, sec. 2.^a, de Córdoba dictó sentencia reconociendo que

la compensación en metálico en favor de los restantes hermanos venía contemplada en el citado cuaderno particional.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda e interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial la confirmó al considerar que el donatario viene legalmente obligado a colacionar la donación recibida, siendo el momento de la partición cuando cabe realizar su valoración en el conjunto del haber hereditario. Considera que el valor de lo donado forma parte del caudal hereditario porque así expresamente lo quiso el causante y busca una proporción en las cuotas hereditarias de los herederos forzosos; en consecuencia, el donatario que recibe más de lo que le corresponde en la herencia está obligado a compensar económicamente a los demás hasta alcanzar esa proporción impuesta por el causante sin necesidad de acudir a la reducción de la donación inoficiosa que solo afecta a la legítima y no al resto de la herencia. De esta forma, concluye estableciendo que el valor a fecha de la partición de lo que en su día fue donado integra el patrimonio hereditario, es herencia, y la igualdad absoluta en las cuotas hereditarias, que siempre buscó el causante, exige que quien ha recibido por liberalidad de éste más de lo que le corresponde, compense con la cantidad equivalente fijada por el contador partidor a sus hermanos para que estos puedan recibir igual que él.

Colación particional y donaciones colacionables: Delimitación de conceptos arts. 1035 y 818 CC.—La colación que contempla el artículo 818, pár. 2.º, CC, fiel a su antecedente en el Proyecto de Código civil de 1851, que más gráficamente se refería a la agregación del «valor que tenían todas las donaciones del mismo testador» viene referida a las operaciones de cálculo que encierra la determinación del caudal computable a los efectos de fijar las correspondientes legítimas. En este marco, su empleo en la formulación del citado artículo 818 CC no refiere una aplicación técnica o jurídica del concepto de colación, sino un sentido lato que se corresponde con la noción de colación como mera computación de las donaciones realizadas por el testador para el cálculo de la legítima y de la proporción libre que recoge dicho precepto.

Por el contrario, el empleo de la colación que se infiere del artículo 1035 CC, si que refiere una aplicación técnica o jurídica de este concepto basado en la presunta voluntad del causante de igualar a sus herederos forzosos en su recíproca concurrencia a la herencia, sin finalidad de cálculo de legítima, como en el supuesto anterior, todo ello sin perjuicio de que se haya otorgado la donación en concepto de mejora o con dispensa de colacionar.

Doctrina jurisprudencial.—En contra del hilo argumental sustentado por la parte recurrente, debe señalarse que, en el presente caso, la aplicación del artículo 1035 CC queda claramente justificada en la medida en que el otorgamiento de las referidas donaciones, fuera de la exclusiva valoración en el ámbito de los negocios inter vivos de disposición, queda plenamente causalizado en el plano particional de la sucesión que realmente quiso el causante que se llevara a efecto; de modo que la causa donandi queda enmarcada en el iter de los hechos que configuraron la sucesión testamentaria del donante. Tal y como se establece, de forma inequívoca, en el documento privado de 30 de julio de 1991 y en el testamento de 4 de junio de 1992, en donde se instituye a los herederos «a partes iguales», y en la propia disposición de las donaciones de 10 de diciembre de 1987, que se realiza como anticipo de los derechos hereditarios y sin dispensa de colación alguna.

También en contra del hilo argumental sostenido por la parte recurrente, debe señalarse que la falta de previsión de los artículos 1047 y 1048 CC al

respecto, esto es, cuando el valor de lo donado, excede de la cuota que le corresponde al coheredero beneficiado, sin que exista patrimonio hereditario con el que poder igualar al resto de los coherederos, no es obstáculo, conforme a la anterior doctrina jurisprudencial expuesta, para que se cumpla el sentido o la finalidad perseguida por la norma en estos casos en orden a la salvaguarda de las cuotas hereditarias referidas en la sucesión. Salvaguarda que la partición, como instrumento técnico de materialización o pago de los derechos de los coherederos concurrentes, permite a través de la compensación del exceso recibido a cargo del coheredero beneficiario de la donación. Todo ello conforme a la valoración de lo donado en el momento central de la partición, tal y como tiene declarado la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS de 14 de enero de 2015). (**STS de 19 de febrero de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.] (*G. G. C.*)