

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXX FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 2017



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES
TERRITORIALES

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO
DE
DERECHO
CIVIL

Tomo LXX
Fascículo III

2017

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

Secretaría
NIEVES FENOY PICÓN
Profesora Titular de Derecho civil (acreditada como Catedrática Universidad).
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 (acreditada como Profesora Titular Universidad), Universidad Autónoma de Madrid.

ÍNDICE DEL ANUARIO DE DERECHO CIVIL 2017, FASCÍCULO III

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Antonia NIETO ALONSO: «Derecho de vecindad: la tutela del Derecho civil frente a inmisiones "medioambientales" ilícitas»	959
Carmen Leonor GARCÍA PÉREZ: «El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC)»	1073
Francisco DE ELIZALDE IBARBIA: «Una aproximación española y europea al contenido del contrato. Reflexiones a la luz de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos»	1139
Antonio J. VELA SÁNCHEZ: «Irrevocabilidad, nulidad y extinción de la adopción»	1197
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
EBERS, Martin: «Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht», por Sandra Camacho Clavijo	1261
RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Usufructo, uso y habitación», por Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla	1263
OLIVA IZQUIERDO, Antonio Manuel: «La nueva coordinación Registro-Catastro», por Jacobo Fenech Ramos	1271
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	1275
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO, Isué VARGAS BRAND ..	1313

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 LXX, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2017

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2017

<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): 786-17-030-1
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.

Derecho de vecindad: la tutela del Derecho civil frente a inmisiones «medioambientales» ilícitas

ANTONIA NIETO ALONSO
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

La respuesta del ordenamiento jurídico español y su complemento jurisprudencial al problema de los daños causados a particulares por inmisiones que hoy podríamos calificar de «medioambientales» no ha sido siempre homogénea. Es más, hasta cierto punto podría sostenerse que el muy notable y progresivo crecimiento de la normativa sobre esta materia, no necesariamente se traduce en una mayor protección efectiva del particular frente al daño medioambiental que le afecta directamente, pues no pocas veces es la propia sobreabundancia de normas lo que dificulta la protección de sus derechos subjetivos. Por lo demás, el Tribunal Constitucional, al tratar del medio ambiente, reconoce su carácter complejo, polifacético y transversal por incidir en otras materias y sectores del ordenamiento jurídico; basta observar como el artículo 45 de la Constitución, al proclamar el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado, prevé, al lado de las sanciones penales o administrativas, la «reparación del daño causado», se reconoce, por tanto, a nivel constitucional, el triple frente de protección del medio ambiente, a saber: civil, penal y administrativo.

El presente estudio pivota sobre la reivindicación del lugar que al Derecho civil le corresponde en este ámbito y, en general, su protagonismo en todo lo concerniente al Derecho de vecindad. Así, se justificará el recurso a la vía jurisdiccional civil como competente en estas cuestiones, sobre todo para obtener la más completa reparación de los perjuicios; asimismo, se destaca la importancia que para la resolución de conflictos vecinales tiene la denominada tutela judicial civil de los derechos fundamentales; pero, singularmente, el trabajo gira en torno a los remedios del Derecho civil frente a las intromisiones dañosas, desde las más diversas perspectivas incluidas las posibilidades de defensa contra las inmisiones en las comunidades de propietarios, por medio de la legislación de propiedad horizontal, arrendamien-

tos urbanos u ordenación de la edificación. Termina el estudio con las pertinentes conclusiones y propuesta de lege ferenda.

PALABRAS CLAVE

Derecho de vecindad; inmisiones medioambientales; relaciones de vecindad; propiedad horizontal; arrendamientos urbanos; acción de cesación; acción negatoria; resolución del contrato; abuso del derecho; responsabilidad extracontractual; responsabilidad objetiva; lucro cesante; deber de mitigar el daño; daños morales.

ABSTRACT

The response of the Spanish legal system and case law to the problem of damage caused to individuals by immissions that nowadays we might call today «environmental» has not always been uniform. Indeed, to some extent it could be argued that the remarkable and progressive growth of the rules governing this matter, does not necessarily translate into a more effective protection of the individual against the environmental damage which is directly affecting her/him, as there is often an overabundance of rules that difficult the protection of an individual's rights. Furthermore, the Constitutional Court, when dealing with the environment, recognizes its complex, multifaceted and transversal character due to its intromission within other areas of the legal system. We need only observe how Article 45 of the Constitution, proclaiming a citizen's right to benefit from an adequate environment, recognizes, besides the penal or administrative sanctions, the «compensation of damage»; therefore, at the constitutional level, a three-way environmental protection is recognized, namely, civil, criminal and administrative.

This paper centers on civil law's rightful claim to a place within this area and, in general, its role in all matters relating to neighborhood social norms. Thus, appealing to a civil process is justified as being competent in these matters, particularly concerning complete compensation of damage; it also stresses the importance which the so-called civil protection of fundamental rights has in resolving neighborhood conflicts; however, this paper focuses in particular on civil law remedies concerning harmful interferences from the most diverse perspectives, including the possibilities of defense against immissions within a condominium, guided by legislation covering horizontal property, urban leases and urban planning. This paper ends with the conclusions and a proposal of lege ferenda.

KEY WORDS

Neighborhood social norms; environmental immissions; neighborly relations; horizontal property; urban leases; action for injunction; negatoria action; termination of contract; abuse of rights; tort/non-contractual liability; strict liability; loss of profit; duty to mitigate the damage; moral damages.

SUMARIO: 1. *A modo de introducción.*—2. *La competencia de la jurisdicción civil para la protección frente a las inmisiones y la «Vis Attractiva» de este sector jurisdiccional.*—3. *La tutela judicial civil de los derechos*

fundamentales: conflictos vecinales y derechos constitucionales en conflicto.—4. De cómo la pre-ocupación no elimina por sí sola la obligación de indemnizar; ni la autorización administrativa impone a los perjudicados el deber jurídico de soportar el daño. 4.1 La repercusión de la prioridad en el uso. 4.2 La previa autorización o licencia administrativa y sus consecuencias.—5. *Los remedios del derecho civil frente a las inmisiones.* 5.1 Acciones de cesación y abstención de inmisiones: especial atención a la acción negatoria. 5.2 La pretensión resarcitoria por daños medioambientales enmarcada en el ejercicio de una acción indemnizatoria por abuso del derecho (*ex artículo 7.2 CC*). 5.3 Las acciones de resarcimiento del daño derivado de las relaciones de vecindad (*ex artículos 1902, 1903 y 1908 CC*). 5.4 La indemnización del lucro cesante y su limitación por el deber de mitigar el daño. 5.5 La reparación de los daños morales. 5.6 Las medidas de prevención en evitación de ulteriores lesiones patrimoniales: la tutela preventiva vecinal del artículo 590 CC. 5.7 El carácter objetivo de la responsabilidad por daños derivados de inmisiones. 5.8 Plazos de prescripción de las acciones: especial consideración al *dies a quo*, en el caso de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida.—6. *Relaciones de vecindad en el marco de la propiedad horizontal y de los arrendamientos urbanos: especial consideración a la acción de cesación y a la resolución del contrato.* 6.1 Actividades no permitidas a los propietarios y ocupantes del piso o local en régimen de propiedad horizontal: la acción de cesación. 6.2 Las actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas en la vivienda o en el local arrendado: la resolución del contrato.—7. *Conclusiones y propuesta de lege ferenda.—Bibliografía.*

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Constituyen el Derecho de vecindad las normas del ordenamiento jurídico destinadas a resolver los conflictos que pueden surgir entre las personas como consecuencia de la proximidad geográfica. Por esta proximidad, que es la base misma del tema, las relaciones de vecindad son fuente de evidentes conflictos¹. Ya insignes juristas alemanes habían observado que el derecho de uno de conducirse a su arbitrio con su finca, choca con el derecho de

¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. VI. *Derechos reales*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 237. El autor dedica el Capítulo XI de esta obra a «Las relaciones de vecindad», pp. 237 a 244. Como ya advirtiera VALVERDE Y VALVERDE, existen limitaciones impuestas en beneficio de intereses privados, aunque esto parezca un contrasentido, dice, no lo es: «hay que fijarse en que el estado de la sociedad es un estado de mutua dependencia; la libertad de uno, de igual modo que la propiedad, no es ilimitada, sino que está limitada por la convivencia y el respeto a los demás, o lo que es igual, el derecho de propiedad de uno, debe coexistir con la propiedad de los demás». VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. II, Talleres tipográficos Cuesta, Valladolid. 1920-1921, p. 77.

otro a prohibir influencias ajenas sobre la suya «La vida social exige una transacción; tanto la actividad de un vecino (el núcleo “positivo” de su propiedad), como el derecho de exclusión del otro (el núcleo “negativo” de la suya) requieren cierta limitación»².

Como observó Alonso Pérez, el Derecho de vecindad debe tener su asiento en el Tratado de los Derechos Reales, aunque constituya dentro de él una «comunidad autónoma», pero como entidad autónoma, enmarcada en el seno de las relaciones jurídicas patrimoniales, del *Vermögenrecht*, necesita utilizar ampliamente competencias de otros campos del ordenamiento jurídico, como la Teoría General del Derecho (normas sobre abuso del derecho, equidad, buena fe, etc.), el Derecho de daños, el Derecho urbanístico o los principios y legislación reguladores de la propiedad y de las inmisiones dimanantes del Derecho administrativo³.

Este estudio se centrará en las inmisiones ilegítimas, dejando para otra ocasión el de las inmisiones legítimas, que puedan resultar del uso razonable de los inmuebles, según su naturaleza, destino y condiciones generales del entorno, los usos del lugar o la buena fe y la equidad. Recuérdese el clásico axioma «qui iure suo utitur neminem laedit», proclamado en las fuentes romanas⁴ y que se plasmó, dentro de nuestro derecho histórico, en la regla «non face tuerto a otro, quien usa de su derecho»⁵. Al interpretar estos pasajes, la famosa STS 14 febrero 1944, consideró que quieren decir que «el ejercicio del derecho es lícito aun cuando, merced a él, se lesionen simples intereses de terceras personas y, por consiguiente, en tesis general, no hay obligación de indemnizar los daños causados con ocasión de tal ejercicio»⁶. El concepto jurídico de inmisión

² Cfr., PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., Traducción al español con anotaciones a la obra de ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil. Derecho de Cosas* (tercer tomo, volumen primero: posesión.– Derecho inmobiliario.– Propiedad), Bosch, Barcelona. 1971, p. 349.

³ ALONSO PÉREZ, M., «Las relaciones de vecindad», *ADC*. 1983, t. XXVI, fasc. II, p. 366.

⁴ Así se infiere del Digesto, Libro 50, título 17, párrafos 55, 151 y 155. Según el párrafo 55 «No se considera que obra con dolo quien ejercita su derecho»; el párrafo 151 señala que «Solo puede causar daño el que hace lo que no tenía derecho a hacer» y para el párrafo 155 «No se considera que obra con violencia quien usa su derecho y ejercita una acción ordinaria. En las causas penales debe seguirse la interpretación más benigna».

⁵ Partida VII, título 33, ley 13, con la rúbrica *De las reglas derechureras, que son llamadas en latin de regulis juris*.

⁶ *RJ* 1944\293. Ahora bien, precisa el Tribunal Supremo que a esa máxima no debe dársele un alcance demasiado literal y absoluto, que la pondría en pugna con las exigencias éticas del Derecho, reconocidas en todos los tiempos y que ni siquiera fueron extrañas al propio Derecho de Roma, en el cual los rigores del individualismo jurídico estuvieron templados por multitud de normas concretas que limitaban el absolutismo de los derechos subjetivos. Cfr., en especial, el Considerando Segundo. Sentencia que, como es sabido, es el fallo más representativo en relación a la doctrina del abuso del derecho, plasmada en el artículo 7.2 CC y que se traerá a colación al estudiar tal doctrina en el apartado 5.2.

se construye a partir de distintos pasajes de la casuística romana. Así, como observa García Sánchez, la enunciación del principio general de la prohibición de toda inmisión, de forma un tanto escolástica, la encontramos en un texto de Ulpiano, Digesto. 8,5,8,5, el cual utiliza como base las decisiones del juriconsulto Aristón: «in suo enim alii hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat» —«Solamente le es lícito a uno hacer alguna cosa en su propiedad en tanto no se entrometa en lo ajeno»⁷. Recuerda d' Ors que, en el Derecho romano, las inmisiones en inmueble ajeno son, en principio ilícitas: el propietario perjudicado puede impedir las (*ius prohibendi*) y, en caso de persistencia, dispone de los interdictos «uti possidetis» y «quod vi aut clam» o, si quien perturba pretende tener derecho a ello, de las acciones negatorias correspondientes; viceversa, dice, «cada propietario puede hacer en su finca lo que quiera siempre que no produzca una *immissio* en el inmueble vecino»⁸.

Como señala Díez-Picazo, la doctrina de la *immissio in alienum* tiende a la prohibición de actividades que suponen un uso anormal del fundo ajeno y que exceden del límite de la obligada tolerancia, «de manera que el criterio dominante es el de la normalidad. Normalidad del uso del fundo vecino y tolerancia o ámbito de la tolerancia por parte del que sufre la inmisión»⁹. A mi juicio, lo que se

⁷ Como explica GARCÍA SÁNCHEZ, en los textos romanos se sigue un criterio más amplio y elástico que el de la prohibición total de emisiones, no es un criterio nuevo, dice, válido con carácter general frente al *immittere in alienum*, sino un principio que modera en algunos casos su rigurosa aplicación, para no hacer inútil la titularidad del propietario. Así, mientras en el párrafo 5 (D. 8,5,8,5), ya citado, se prohíbe la inmisión de humo proveniente de una fábrica de quesos, declarando la ilicitud de tal actividad, a no ser que se hubiese constituido una servidumbre en tal sentido; por otra parte, en el párrafo 6 (D. 8,5,8,6), ULPIANO recoge la opinión de POMPONIO, de cuyo parecer no disiente, en el cual este juriconsulto se plantea la duda de qué se puede demandar por un humo que no sea muy espeso, como es el humo procedente de un fogón; en su opinión, el que sufre la inmisión no puede ejercitar una acción (sería la *negatoria*) para prohibir dicha actividad, pues se tiene derecho a realizar tal inmisión, al igual que se puede, sin impedirlo, encender fuego en lo suyo, sentarse o lavarse. Observa GARCÍA SÁNCHEZ que la importancia real del fragmento (párrafo 6) está en las palabras *fumus non gravis*, es decir, la inmisión de humo como resultado de las operaciones usuales de la propiedad, tanto rústica como urbana, no admite acción alguna para ser impedida. En su opinión «la actividad declarada lícita en D. 8,5,8,6 responde a un uso habitual, frecuente y general en el ejercicio del derecho de propiedad y, por lo mismo, viene autorizada». GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Teoría de la immissio*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo. 1999, pp. 48 y 96-99, en especial.

⁸ d'ORS, Á., *Derecho privado romano* (décima edición), Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona. 2004, § 191.

⁹ Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, op. cit., pp. 242 y 243. Recuérdese que en el Derecho moderno se ha considerado siempre como paradigmática la regla contenida en el párrafo 906 del Código civil alemán, precepto que dice que el propietario de una finca no puede impedir la penetración de gases, vapores, emanaciones, humo, hollín, ruido, trepidaciones e inmisiones semejantes de otra finca «en tanto que la inmisión no entorpezca o solo entorpezca en una manera no esencial el aprovechamiento de su finca o solo lo haga en forma no sustancial». En este sentido, destaco la

entienda por «uso normal»¹⁰, dependerá tanto del tiempo como del lugar en el que se produzcan las inmisiones; la realidad social también influirá, así, por ejemplo, el progreso tecnológico hará que surjan nuevos tipos de inmisiones; por consiguiente, discrepo de la crítica del administrativista Fernández Rodríguez, cuando consideró que «La doctrina civilista no ha acertado a precisar el criterio del uso normal del derecho de propiedad»¹¹. Sin embargo, convengo con Alonso Pérez, en que el «uso normal» no es un concepto universal y eterno, «sino pauta o forma de conducta que exige praxis, medida, valoración de los cambios sociales y zambullido en el oleaje de la vida diaria»¹². Como afirmó el Tribunal Supremo, en un asunto vecinal, para casos no previstos en el Código civil, «será en cada caso concreto la situación fáctica la determinante de la resolución procedente»¹³. En efecto, por ejemplo, en las inmisiones

ley 367, apartado a) de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, que, como principio general, establece que «Los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgo a sus vecinos ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, el uso del lugar y la equidad». Asimismo, el artículo 538 del Código del Derecho Foral de Aragón, en el ámbito de la regulación de las relaciones de vecindad, con la rúbrica «Del uso adecuado de los inmuebles o sitios» manda tanto a los propietarios como a los titulares de otros derechos reales o personales de uso y disfrute, no causar riesgo «ni tampoco más perjuicio o incomodidad que los que resulten del uso razonable de la finca según su naturaleza, destino, condiciones generales del entorno y usos del lugar, todo ello conforme al principio de la buena fe». También, el CC de Cataluña, en el Libro Quinto, relativo a los derechos reales, además de dedicar un precepto a las «inmisiones ilegítimas» (art. 546-13); precisamente, destina otro mucho más completo a las «inmisiones legítimas» (art. 546-14) y, en relación a la acción negatoria, se excluye, si las perturbaciones o inmisiones no perjudican ningún interés legítimo de los propietarios en su propiedad y también se excluye si los propietarios deben soportar la perturbación por disposición del CC Cataluña o por negocio jurídico (cfr., el art. 544-5.1 y 2 CC Cat.). Demostraciones, todas estas, reveladoras de la prioridad que se concede a la libertad del dominio, frente a las limitaciones o las prohibiciones.

¹⁰ FERNÁNDEZ URZAINQUI, al tratar de encontrar una «regla abstracta definitoria de la tolerancia», aun advirtiendo una acusada tendencia a la aplicación del criterio de la «normal tolerancia» y a la preeminencia de este criterio, reconoce que no cabe desdeñar la utilidad de la regla del «uso normal», no solo por la función complementaria que es la fijación del límite de tolerancia, sino también por la incidencia que pueda tener en la prueba de su intolerabilidad y en el alcance de las pretensiones deducibles sobre tal premisa. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «La tutela civil frente al ruido», en FRANCISCO MARÍN CASTÁN (Dir.), *La tutela judicial frente al ruido*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, en especial, pp. 306-310.

¹¹ Concluye el autor que por esa razón se resiente todo el planteamiento, «que ve mermadas sus posibilidades de establecer una disciplina verdaderamente eficaz para las relaciones de vecindad y, especialmente, para las vecindades industriales». FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *El medio ambiente y las vecindades industriales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1973, p. 76.

¹² ALONSO PÉREZ, M., «Las relaciones de vecindad» –conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 5 de noviembre de 1979–, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXIII, 1981, p. 73.

¹³ STS 17 febrero 1968 (RJ 1968\1111), Considerando Segundo. Importante fallo jurisprudencial, por aportar un criterio general al que se pueda acudir en casos de lagunas legales. En el supuesto de autos, se descartó la procedencia del ejercicio de la acción negatoria de servidumbre de luces; el actor estimaba que el empleo en la construcción de materiales traslúcidos suponía dicha servidumbre. El Tribunal Supremo o considera que estas

nes ruidosas, que, en unos casos habrá que calificarlas de legítimas, por tolerables –piénsese en los ruidos puntuales procedentes de las fiestas patronales o de las obras de reparación que acomete un ayuntamiento, por ejemplo–, en otras, se calificarán los ruidos de inmisión ilegítima porque se perjudique la vida privada y familiar y exceden de la normal tolerancia, por ejemplo. Particular y peculiar interés presenta el caso resuelto por la STS (Cont.-Adm.) 5 de julio de 1976, que desestimó el recurso, porque no consideró anormal el ruido procedente del carillón del reloj del ayuntamiento de Oleiros (La Coruña); estimó el Tribunal que no existía base para entender que la resolución municipal viniese obligada a imponer una intervención como consecuencia de «un nivel de ruido extraordinario» (Considerando Tercero)¹⁴.

Al ocuparse de esta cuestión de forma monográfica, Díaz Brito, después de reconocer la carencia en nuestro Código civil de preceptos específicos sobre inmisiones y la dificultad de averiguar cri-

técnicas modernas, al no poderse equiparar a la apertura de ventanas ni huecos, no están comprendidas en los términos literales de los artículos 581 y 582 CC ni en su espíritu, por lo que constituye una laguna legal, así que para resolverla, señala el Tribunal, hay que tener en cuenta que la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina, por lo que «en la lucha entre dos situaciones vecinales prevalecerá la que se apoye en el interés social si la vida íntima familiar no se inquieta» (Considerando Segundo). Concluye el Tribunal Supremo que, como el progreso y adelanto de las edificaciones está apoyado en el interés de la sociedad y la intimidad de la vida familiar del recurrente no se inquieta, dadas las características del ladrillo translúcido empleado, ha de prevalecer el interés social por lo que, y al no estar el caso contemplado enmarcado en los artículos 581 y 582 CC, es obligada la desestimación del recurso (Considerando Tercero).

¹⁴ Además, por falta de pruebas y porque de la pericial practicada por la Sala de instancia se desprende que el sonido de las campanas no resultaba, en su medición, superior al nivel de ruidos de un tráfico denso a corta distancia ni al de una conversación a la distancia de un metro y vista además la intermitencia del funcionamiento de aquel aparato (el carillón del reloj). Aun así, desestimando el recurso, el Tribunal reconoció que aunque el recurrente no fuese vecino de Oleiros, era evidente su interés debido a las molestias que aseguraba le causaban las campanas del carillón del reloj parroquial con sonido excesivamente fuerte, «interés que se deriva claramente del hecho de poseer una casa en dicha localidad donde pasa sus vacaciones, cuya tranquilidad es lo que se trata de defender»; asimismo, consideró el Tribunal que «tampoco puede tomarse en cuenta la alegación de cuestión civil, en vista de que la tranquilidad de los vecinos es materia de acción administrativa de policía» (Considerando Primero). Al comentar esta STS, SÁINZ MORENO, señaló que lo que destaca de ella, no es ni el reconocimiento de la potestad administrativa sobre la materia, ni tampoco el análisis que hace de la noción de ruido y de algunos elementos que deben concurrir para que el ruido sea anormal (especial intensidad en relación con el ruido y tiempo de producirse, carácter intermitente del mismo, existencia o no de una aceptación social, incluso de una incorporación del mismo al hábito de la vida ciudadana, etc.), sino «el reconocimiento expreso de la obligación de la Administración municipal de intervenir activamente si la denuncia de un ruido anormal tiene base fáctica cierta», por lo que concluye que en ese sentido, la Sentencia está en la línea de la jurisprudencia más avanzada en la materia; para el autor, queda claro que el Tribunal Supremo admite de plano «la obligación –no la simple facultad– de la Administración Municipal de intervenir directamente (policía de la tranquilidad) cuando en una localidad se produce un ruido que por su intensidad, modo, tiempo o lugar de producirse, adquiere el carácter de anormal». SÁINZ MORENO, F., «Sobre el ruido y la policía de la tranquilidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1976. Ponente: don José Gabaldón)», *REDA*, núm. 15, 1977, pp. 665, 667 y 668, en particular.

terios a emplear para determinar el límite a partir del cual una inmisión debe considerarse ilícita y prohibida¹⁵, se refiere a los criterios de la normalidad del uso y de la normal tolerancia¹⁶. Así, atinadamente opina que el criterio de la normalidad del uso favorece los intereses del inmitente y en especial del inmitente industrial, porque la actividad industrial podrá desarrollarse sin excesivas preocupaciones por el grado de injerencias que cause sobre los fundos vecinos y observa como el empresario no viene incentivado a adoptar mecanismos de producción que sean respetuosos con el entorno y con los predios vecinos; en cambio, el criterio de la normal tolerabilidad, dice, al tomar como punto de referencia las consecuencias de las inmisiones sobre los perjudicados, protege de un modo más directo los intereses de estos, en este caso, la actividad del inmitente se ve seriamente limitada, ya que las injerencias causadas a los vecinos no pueden exceder de lo normalmente tolerable¹⁷.

Cualquier estudioso del Derecho que se aproxime al análisis de las relaciones de vecindad a las primeras conclusiones a las que podrá arribar, tras un análisis legal, jurisprudencial y doctrinal del asunto serán, por una parte, la confluencia en la materia de los más diversos sectores del ordenamiento jurídico, como tendremos ocasión de apreciar en este trabajo; por otra, la maraña legislativa sobre este particular y, en fin, la complejidad de los posibles remedios que ante las inmisiones dañosas puedan competir a los afectados. Este estudio se realizará desde la perspectiva del Derecho civil. Se tratará de evitar que esta proliferación de normas encauzadas al mismo fin de proteger al perjudicado por las inmisiones sirva como dilución de responsabilidades en detrimento de quienes están sufriendo un daño tan cierto como evitable, de forma que, con una oportuna aplicación de las normas, se consiga un fortalecimiento del grado de protección deseable¹⁸.

¹⁵ La ley 367.a) del Fuero Nuevo de Navarra utiliza como límite el del «uso razonable» y el artículo 546-14 del Libro Quinto del CC de Cataluña, impone el «uso normal» como referencia para calibrar la licitud de las inmisiones; más preciso es el criterio empleado por el artículo 538 del Código del Derecho Foral de Aragón, que con la sugerente rúbrica «Del uso adecuado de los inmuebles o sitios», utiliza los baremos del «uso razonable de la finca según su naturaleza, destino, condiciones generales del entorno y usos del lugar» y todo ello conforme al «principio de la buena fe».

¹⁶ Precisamente, la SAP Lugo 16 marzo 2016 (AC 2016\602), consideró que las inmisiones o malos olores (fosas de purín) de una explotación ganadera, se sitúan «por encima de la normal tolerancia», por lo que se insta a la adopción de medidas que las impidan.

¹⁷ DÍAZ BRITO, F. J., *El límite de tolerancia en las inmisiones y relaciones de vecindad*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, pp. 74-76.

¹⁸ Como reconoció la STS 31 mayo 2007 (RJ 2007\3431), la respuesta del ordenamiento jurídico español y su complemento jurisprudencial al problema de los daños causados a particulares por inmisiones que hoy podríamos calificar de «medioambientales» no ha sido siempre homogénea: «Es más, hasta cierto punto podría sostenerse que el muy notable y progresivo crecimiento de la normativa sobre esta materia, de ámbito tanto estatal como autonómico e incluso local no necesariamente se traduce en una mayor protec-

Con el presente estudio trato de reivindicar el espacio que en el Derecho medioambiental debe corresponder al Derecho civil. Así se infiere de la Norma Fundamental ya que en el artículo 45 CE, después de reconocer el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado, al mismo tiempo establece que quienes incumplan la obligación de utilizar racionalmente los recursos naturales y la de conservar la naturaleza estarán obligados «a reparar el daño causado», con independencia de las sanciones penales o, en su caso, administrativas, que también correspondan, es decir, se reconoce a nivel constitucional, el triple frente de protección del medio ambiente: civil, penal y administrativo¹⁹. Por consiguiente, el trabajo pivotará sobre la competencia que a la jurisdicción civil le corresponde en cuestiones medioambientales y, en particular, en el Derecho vecinal y, sobre todo, versará sobre la reparación que, a través de la vía civil, corresponderá a los particulares; sin subestimar la relevancia que en estas cuestiones corresponde tanto al Derecho administrativo como al Derecho penal, ámbitos que, obviamente, exceden de la pretensión y objeto de este trabajo²⁰. Sí diré, en relación a la competencia del Derecho administrativo en materia medioambiental, que no hay discusiones; en este estudio lo que se defiende es un mayor recurso a la jurisdicción civil en estas cuestiones; pero esto no es óbice para reconocer la importancia que para la materia tiene el Derecho administrativo y que la reparación del daño puede entenderse sin perjuicio de las sanciones administrativas²¹. Por lo que atañe al Derecho penal, es frecuente la juris-

ción efectiva del particular frente al daño medioambiental que le afecta directamente, pues no pocas veces es la propia sobreabundancia de normas lo que dificulta la protección de sus derechos subjetivos» (FD Tercero). Doctrina reproducida por la STS 19 marzo 2013 (RJ 2013\3153).

¹⁹ Bajo el artículo 45 CE subyace el derecho de los ciudadanos a gozar de una calidad de vida que sea coherente con la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10.1 CE; ambos valores, la dignidad de la persona y la calidad de vida, fueron vinculados por la STC (Pleno) 102/1995, 26 junio (RTC 1995\102), al reconocer que dicho artículo 45 CE nos lleva de la mano a la dignidad de la persona como valor constitucional trascendente (art. 10.1 CE), «porque cada cual tiene derecho inalienable a habitar en su entorno de acuerdo con sus características culturales» (FJ Séptimo), solo en este contexto puede entenderse la importancia del artículo 45 CE. Esa STC 102/1995, reconoce, respecto del medio ambiente, el «carácter complejo, polifacético y metafóricamente “transversal” por incidir en otras materias y sectores del ordenamiento jurídico» (FJ Tercero), con cita de la STC (Pleno) 64/1982, 4 noviembre (RTC 1982\64), que también se refiere al «carácter complejo y multidisciplinario (sic) que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente» (FJ Quinto).

²⁰ Aun defendiendo que la protección del medio ambiente «se articula de modo primordial mediante instrumentos de Derecho público», CONDE-PUMPIDO TOURÓN, considera a la jurisdicción civil como «medio complementario de protección ambiental», CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «La responsabilidad civil por daños al medio ambiente», *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 5, 1990, en especial, cfr., pp. 12 y 13.

²¹ Así, por lo que respecta al Derecho administrativo y a la responsabilidad medioambiental, destaca la Ley de Responsabilidad Medioambiental, Ley 26/2007, de 23 de octubre, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/35/CE del

prudencia civil que reconoce su importancia, así, la STS (Sala de lo Civil) 19 marzo 2013, declara que «frente a las inmisiones patentes puede reaccionarse [...], cada vez más por la vía penal, como demuestra el creciente número de sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ratificando penas cada vez más elevadas a cargo de quienes perturban la vida de sus vecinos con inmisiones [...]» (FD Tercero)²². En fin, para una óptima protección frente a

Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado basado en los principios de prevención y de que «quien contamina paga». Como advierte la Ley en el apartado I del Preámbulo, se trata de un régimen administrativo en la medida en que instituye todo un conjunto de potestades administrativas con cuyo ejercicio la Administración pública debe garantizar el cumplimiento de la Ley y la aplicación del régimen de responsabilidad que incorpora. Ahora bien, se realiza una importante precisión, a saber «Se separa [...] de la responsabilidad civil clásica en la que los conflictos entre el causante del daño y el perjudicado se dirimen en sede judicial». Además, como dispone el artículo 5.1 «Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a la responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación». Sobre esta Ley, resulta imprescindible el estudio monográfico de RUDA GONZÁLEZ, A., *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, que se traerá a colación en diferentes apartados de este estudio. El núcleo central de esta monografía, como recuerda en su preámbulo MARTÍN CASALS, es el denominado «daño ecológico puro», es decir, un daño al medio ambiente que afecta a bienes o intereses que pertenecen a la colectividad o que son *res nullius*. Recuerda el prologuista que el daño al medio ambiente también puede afectar a bienes o intereses individuales, de titularidad pública o privada y en estos casos se caracteriza porque los bienes o intereses dañados no pertenecen a un propietario que pueda considerarse individualmente perjudicado, por eso se habla de «daño ecológico puro». MARTÍN CASALS, M., «Prólogo» a la monografía de RUDA GONZÁLEZ, A., *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, *op. cit.*, p. 15. No obstante, sin duda, la norma administrativa por excelencia y que constituyó todo un referente de la protección frente a actividades molestas etcétera, fue el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, hoy sustituido por la Ley de calidad del aire y protección de la atmósfera, Ley 34/2007, de 15 de noviembre, basada en los principios de cautela y acción preventiva, de corrección de la contaminación en la fuente misma y de quien contamina paga (art. 4.1); sin perjuicio de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, Ley del Ruido –con sus Reglamentos de desarrollo: RD 1513/2005, 16 diciembre y RD 1367/2007, 19 octubre– y de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, de Responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, cuyo objeto está constituido por el establecimiento del régimen de responsabilidad civil por daños nucleares.

²² RJ 2013\3153. También, la STS (Sala de lo Civil) 5 junio 2014 (RJ 2014\2843), recuerda como la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha calificado como delitos contra el medio ambiente conductas de empresarios de discotecas o bares musicales que perturbaban gravemente el descanso de los vecinos (FD Tercero). El Código penal regula en el Capítulo III (del Título XVI, del Libro II) los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325 a 331). En este sentido, veamos algunos de los supuestos más relevantes, la STS (Sala de lo Penal) 24 febrero 2003 (RJ 2003\950), apreció la existencia de delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, como consecuencia de emisiones repetidas de ruidos provenientes de un equipo musical de una sala de

fiestas localizadas en zona residencial y estimó la existencia de responsabilidad del acusado, por provocar una situación de riesgo inminente para la salud; en este fallo se reconoce que «ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho penal en un moderno Estado de Derecho. Solo ante los ataques intolerables será legítimo el recurso al Derecho penal» (FD Primero); también, la STS (Sala de lo Penal) 5 noviembre 2009 (RJ 2010\301), reconoció la existencia de delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, por la existencia de riesgo grave de perjuicio para la salud de las personas, debido a la contaminación acústica proveniente de una discoteca sin licencia, que causaba a los vecinos un trastorno depresivo-ansioso; asimismo, la STS (Sala de lo Penal) 11 febrero 2013 (RJ 2013\3174), estimó la existencia de delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, en relación a un pub, que fue denunciado en numerosas ocasiones por los vecinos, realizándose mediciones que superan lo permitido y ocasionan a las víctimas, insomnio, cefaleas, ansiedad y estrés, y la STS (Sala de lo Penal) 6 octubre 2015 (RJ 2015\4399), en un supuesto de delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, no apreció la responsabilidad del propietario, pero sí la del arrendatario de un disco-bar en el que se causaban ruidos que excedían de lo permitido legalmente: en fin, destaco la STS (Sala de lo Penal) 28 abril 2016 (RD 2016\3076), que apreció un delito contra el medio ambiente por contaminación acústica, en la modalidad de grave riesgo para la salud de las personas, ya que el ruido (procedente de un bar situado en el bajo de la vivienda) agrava la patología de Alzheimer. Sin perjuicio del fallo que vuelve sobre el caso del buque «Prestige», la STS (Sala de lo Penal) 14 enero 2016 (RJ 2016\4120), caso en el que el Tribunal Supremo revierte el fallo de instancia y condena al capitán por delito imprudente contra el medio ambiente agravado por deterioro catastrófico; en esta Sentencia se reproduce una consideración recurrente en fallos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, al traer a colación el fundamental artículo 45 CE, a saber: la idea del «triple frente de protección del medio ambiente: civil, penal y administrativo» (FD Décimo Quinto); también, se refirieron a ese triple frente de protección, las ya citadas STS (Sala de lo Penal) de 24 febrero 2003 (FD Primero) y la de 11 febrero 2013 (FD Quinto), entre otras varias. Destaco la STS (Sala de lo Penal) 13 octubre 2015 (RJ 2015\6160), que calificó de delito medioambiental la actividad industrial de trituración de metales que liberó 3.400 toneladas de gases de efecto invernadero a la atmósfera, con importantes consideraciones, como la declaración de que en el caso enjuiciado «no estamos propiamente ante un daño concreto indemnizable a perjudicados específicos, sino más bien ante la lesión potencial o hipotética de un interés difuso o colectivo», estima el Tribunal Supremo que es remedio prioritario la reparación (entendida como restauración o reposición al estado anterior) a costa del infractor: «A esta medida se refiere el artículo 339 CP (tutela reintegradora), acogiendo el más reciente estándar en materia de medio ambiente: *–el que contamina, restaura–*, que ha desplazado a un segundo plano al clásico *el que contamina paga*»; además, realiza la siguiente apreciación que es de especial interés para este trabajo, cuando el Tribunal admite que la responsabilidad civil nacida del delito desarrollada en los artículos 109 ss. CP [arts. 109 a 115 CP, que en el Libro I, Título V, Capítulo I, regulan la responsabilidad civil y su extensión]: «cuya naturaleza y principios son esencialmente idénticos a la regulada en el Código civil [...] (*vid.* sus arts. 1092, 1093 y 1902 ss.). La indemnización contemplada en estos preceptos tiene función compensatoria y no sancionadora [...]» (FD Décimo Quinto). Cfr., el comentario a esta Sentencia de DOLZ LAGO, que resalta que es esta la primera sentencia que se dicta por el Supremo en materia de contaminación por emisión de gases de efecto invernadero que afectan a la capa de ozono. DOLZ LAGO, M.-J., «Caso “Contaminación por gases de efecto invernadero”. Delito ecológico: emisiones atmosféricas que dañan la capa de ozono», *Diario La Ley*, núm. 8678, 11 enero de 2016, pp. 10-12. En relación a esos «intereses difusos» o «intereses colectivos», de los que habla la STS 13 octubre 2015, citada, los trae a colación DE ÁNGEL, al comentar el artículo 1908 CC, cuando, después de advertir que los tribunales han dejado a un lado los preceptos legales dedicados a las inmisiones para volcarse en las normas que rigen la responsabilidad civil (arts. 1902 ss. CC), sitúa en este punto el concepto de los llamados «intereses colectivos o intereses difusos», esto es, los que afectan a grupos, clases o colectividades. ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE, «Comentario al artículo 1908 del Código civil», *Comentario del Código civil*, t. II (2.ª ed.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2048. Cuestión esta eminentemente procesal, por lo que excede de este estudio –cfr., por ejemplo, el artículo 7.3 LOPJ y la LEC, que ya en su Exposición de Motivos, apartado VII, reconoce que la Ley aborda «la realidad de la tutela de intereses jurídicos colectivos»–, aunque insignes civilistas, sí se

las inmisiones dañosas, no puede ignorarse el relevante papel que puede jugar el Derecho privado, singularmente, el Derecho civil, por eso convengo con Ruda González, cuando, al estudiar la intervención del ordenamiento jurídico en materia medioambiental, constata la «ineficacia del Derecho público», al reconocer que el tiempo pone de manifiesto las muchas deficiencias del Derecho público medioambiental y entre ellas y como más significativas señala las siguientes: a) En primer lugar, porque los recursos del Derecho administrativo son muy limitados, entre otras razones, porque la pretensión de anticiparse al riesgo, obliga a recurrir a reglamentos con conceptos jurídicos indeterminados; en cambio, recuerda como el Derecho civil opera *ex post*, cuando el daño ya se conoce e incluso *ex ante*, porque las empresas disponen de mayor información sobre los riesgos y costes para prevenirlos; b) en relación al Derecho penal, aun reconociéndole mayor efecto disuasorio que al Derecho civil; sin embargo, admite que la imposición de una pena por delito al medio ambiente, no necesariamente repercute favorablemente sobre el medio ambiente, «propriadamente el Derecho penal no puede desplazar al civil, pues aquel tiene como función la prevención o regulación social, mientras que la de este es compensar daños»²³; c) en cuanto al Derecho internacional público, admite que todavía es demasiado rudimentario en materia medioambien-

han ocupado de estos intereses colectivos y de las acciones de clase, en este ámbito objeto de estudio, así, ALONSO PÉREZ, estudia las «inmisiones nocivas, “intereses difusos” y “acciones de clase”», en «La tutela del Derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid. 1996, pp. 4804-4806. También, MORENO TRUJILLO, dedica un apartado especial de su monografía al estudio de la legitimación procesal de las asociaciones, en las acciones de clase, en relación a los intereses difusos, pp. 286-293. MORENO TRUJILLO, E., *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona. 1991. Un instrumento judicial que no debería subestimarse en este ámbito de daños por inmisiones nocivas sería el acceso a la justicia de los intereses difusos por medio del recurso a las acciones colectivas, las *class actions* del Derecho norteamericano que servirían para la tutela procesal de tales intereses difusos, para la tutela del medio ambiente, no en vano ALONSO PÉREZ, considera que sería un medio valioso de tutela medioambiental —«La tutela del Derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas», *ibid.*—. Desde otra perspectiva no ya de la legitimación activa, sino de los sujetos responsables del daño, se defendió la posibilidad de acudir a la *responsabilidad colectiva* ya que, como recuerda Díez-PICAZO, en nuestros días, la mayor parte de los eventos dañosos no son imputables a un individuo, sino a grupos a veces muy numerosos, ya sean daños causados por agrupaciones (empresas, personas jurídicas), ya producto de actividades colectivas. Díez-PICAZO, L. «La responsabilidad civil hoy», *ADC*. 1997, t. XXXII, fasc. IV, pp. 733 y 734, a tratar la cuestión de «El paso de la responsabilidad personal a la responsabilidad colectiva».

²³ Además, recuerda que el Derecho penal está regido por el principio de legalidad, que exige claridad y taxatividad, lo que comporta riesgo de lagunas, en cambio, el Derecho de la responsabilidad civil se suele regir por una cláusula general, la del artículo 1902 CC «Su alcance omnicompreensivo excluye la validez del principio de legalidad en materia civil y, por ende, la posibilidad de que un daño integre una laguna no cubierta por dicha cláusula». Obsérvese como la significativa STS 26 mayo 1943 (*RJ* 1943\577), admitió que mientras que la acción penal tiene como finalidad «el castigo del culpable», la civil se propone «remediar o hacer desaparecer las consecuencias del daño» (Considerando Primero).

tal. Concluye el autor destacando que una confianza excesiva en la capacidad de prestación del Derecho público tendría bases poco sólidas, por lo que el Derecho civil no puede ser un adorno del que pueda prescindirse sin pagar un alto precio²⁴. En fin, el mismo Tribunal Supremo reconoció que «fue siempre ante el orden jurisdiccional civil, [...], donde los particulares obtuvieron más frecuentemente una satisfacción de sus pretensiones indemnizatorias o de cese de la actividad perjudicial» (FD Tercero)²⁵.

2. LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL PARA LA PROTECCIÓN FRENTE A LAS INMISIONES Y LA «VIS ATTRACTIVA» DE ESTE SECTOR JURISDICCIONAL

Cuando las inmisiones las realicen personas privadas y la actividad también sea privada, no habrá duda de que la normativa adecuada para defenderse de ellas será la civil. En este sentido, Alonso Pérez reconoce «el papel irrenunciable que desempeña el Derecho privado en la protección del medio ambiente, la función preservadora y/o reparadora que cumplen alguno de sus institutos que, cual Jano bifronte, presentan una faz añeja y otra perpetuamente joven»²⁶.

El supuesto que puede plantear dificultades es el de las inmisiones de todo tipo que procedan del sector público y que en la vida cotidiana tienen una significación práctica considerable; incluso, como advierte Egea Fernández, muchas de ellas están en el primer plano de la actualidad (piénsese, por ejemplo, en el ruido originado

²⁴ Así, propone, para poder conseguir un tratamiento jurídico adecuado en el problema planteado por los daños ecológicos puros, una movilización de todos los instrumentos o recursos del ordenamiento jurídico en una combinación ordenada (un *policy mix*, como se dice en lengua inglesa), ya sean recursos jurídicos privados, ya públicos. Recuérdese que son daños ecológicos puros, los daños al medio ambiente, que afectan a bienes o intereses de la colectividad o que son *res nullius* –según MARTÍN CASALS, M., en el prólogo a esta monografía de RUDA GONZÁLEZ, p. 15–. RUDA GONZÁLEZ, A., *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, op. cit., pp. 60-65. Por otra parte, existe una doctrina moderna que trata de evitar que se ponga freno a las medidas normativas y, en general, administrativas que supongan un retroceso, una vuelta atrás en los niveles de protección ambiental ya alcanzados en determinados sectores o ámbitos. Se desarrolla esta tesis en la obra de AMAYA ARIAS, A. M., *El principio de no regresión en el Derecho ambiental*, Iustel, Madrid, 2016.

²⁵ STS 31 mayo 2007 (RJ 2007\3431).

²⁶ ALONSO PÉREZ, M., «Prólogo» a la obra de MORENO TRUJILLO, E., *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 16.

por la circulación en las calles o carreteras o el originado en los alrededores de los aeropuertos)²⁷.

Desde antiguo, aun reivindicando el papel que debe jugar la jurisdicción civil en materia de inmisiones, cumple recordar con Pérez González y Alguer que «Una de las lagunas más notorias de nuestro C. c. es la ausencia de un precepto general sobre las inmisiones como el del § 906 del C. c. alemán», los autores sí apelan a las reglas 2.^a y 4.^a del artículo 1908 y al artículo 590 del Código civil español [artículos que se reproducirán a lo largo del presente estudio] y aclaran que «Estos preceptos se complementan recíprocamente» y ya que, a su entender, sus enunciaciones no han de considerarse taxativas, concluyen que esos artículos «dan base suficiente para fraguar una teoría general de las inmisiones a través de una analogía generalizadora»²⁸.

El recurso a la jurisdicción civil en cuestiones como las que son objeto de este estudio se justifican sobradamente por diversas razones; tal vez, la más relevante sea que las inmisiones medioambientales afectan en la mayoría de las ocasiones a los particulares y no solamente a su derecho de propiedad, también, a su dignidad, al libre desarrollo de su personalidad o a su intimidad, por ejemplo; sino también porque la defensa civil, a través de las correspondientes acciones, puede llegar a ser más efectiva aun que las sanciones administrativas, no en vano el mismo Tribunal Supremo, a través de la Sala de lo Civil, resolvió muchos asuntos relevantes en mate-

²⁷ EGEA FERNÁNDEZ, J., *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 77 a 81. Recuerda que el Tribunal Supremo alemán ha venido manteniendo, en jurisprudencia consolidada desde antiguo, que las personas jurídicas de Derecho público quedan sometidas al ámbito del Derecho civil, especialmente a las normas sobre relaciones de vecindad (§ 906 BGB) respecto de los bienes inmuebles que tengan bajo el régimen de propiedad privada y opina que eso es trasladable a nuestro ordenamiento. Además, el autor se ocupa del nexo entre la normativa jurídico-privada sobre inmisiones y la protección de la salud y del medio ambiente, al estudiar la concurrencia de medios de tutelas jurídico-públicos y privados, pp. 81 ss. En relación a los ruidos originados en los alrededores de los aeropuertos, destaco la STEDH 2 octubre 2001 (TEDH 2001/567) –Caso *Hutton* y otros contra Reino Unido–, se trataba del aeropuerto de *Heathrow*, centrada en el ruido causado por los aviones en el aeropuerto de mayor tráfico de Europa, que insistió en la necesidad de hallar un justo equilibrio entre los intereses de las personas y los de la comunidad y añadió dos importantes consideraciones, la primera, que «en un campo tan sensible como el de la protección medioambiental, la mera referencia al bienestar económico del país no es suficiente para superar los derechos de los demás»; y la segunda, que «Debe exigirse a los Estados que minimicen, hasta donde sea posible, la injerencia en estos derechos, intentando encontrar soluciones alternativas y buscando, en general, alcanzar los fines de la forma menos onerosa para los derechos humanos» –Considerando número 97–.

²⁸ PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., Traducción al español con anotaciones a la obra de ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, op. cit., p. 358. DE MIGUEL PERALES dedica todo un capítulo de su monografía, el Capítulo IX, a la «Competencia de la jurisdicción civil en materia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente», *La responsabilidad civil por daño al medio ambiente* (2.^a ed.), Civitas, Madrid, 1994, pp. 351 ss.

ria medioambiental, como quedará demostrado a lo largo de este trabajo; en concreto, en este apartado se advertirán las razones argüidas por el Tribunal Supremo a través de la Sala Primera para atraer hacia la jurisdicción civil casos enjuiciados sobre Derecho medioambiental²⁹.

Particular relevancia presenta el *leading case* resuelto por la STS 12 diciembre 1980, cuando reconoció que «en esta zona de tangencia entre la jurisdicción común y la contencioso-administrativa hay que distinguir entre lo que es materia que atañe a la propiedad privada y a su protección, de incuestionable carácter civil, y lo que afecta a intereses generales o públicos de inequívoca naturaleza administrativa»³⁰; esta Sentencia aborda la cuestión nuclear de si la autorización administrativa de la actividad excluiría el conocimiento de la materia por el orden jurisdiccional civil, concluyendo al respecto, con cita de la categórica STS 19 febrero 1971³¹, que «una cosa es el permiso de instalación de una industria y de los elementos que deben ser acoplados para evitar daños y peligros, cuya determinación corresponde a la administración y otra bien distinta que cuando por no cumplir los requisitos ordenados o porque los elementos empleados sean deficientes o insuficientes se produce un daño en la propiedad de un tercero, cuyo conocimiento compete a los tribunales [a la jurisdicción civil]»³². Añade además la STS de 1980 que «según doctrina de esta Sala [...], la jurisdicción ordinaria es fuente o raíz de todas las demás y por ello tiene “vis atractiva” en los casos dudosos» (Considerando Sexto). En este sentido, la significativa STS 29 abril 2003, apela también a la «vis atractiva» de la jurisdicción civil en estos supuestos y rehúsa lo que denomina «peregrinaje de jurisdicción»; así, aplica la doctrina jurisprudencial con arreglo a la que cuando la Administración es demandada conjuntamente con personas físicas o jurídicas pri-

²⁹ Ya la antigua STS 10 noviembre 1924 (*JC* 1924, t. 164, núm. 71) estimó la prioridad de la jurisdicción civil en detrimento de la administrativa, por razón de la materia litigiosa. En el caso enjuiciado, varios dueños de terrenos ribereños del Riotinto piden a la Compañía de Minas de Riotinto indemnización de daños y perjuicios, que estimaban ocasionados por los residuos de un lavadero mecánico de la Compañía; en relación a la competencia civil, concluyó el Tribunal Supremo que «esta cuestión, que afecta exclusivamente al patrimonio privado de los litigantes [...], solamente se puede ventilar conforme a las reglas de Derecho común ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria, requerida y expresamente consentida en este caso, en el que no existe duda respecto a la peculiar competencia de su actuación por razón de materia controvertida» (Considerando Primero).

³⁰ *RJ* 1980\4747, Sentencia de cita obligada, sobre contaminación producida por las emanaciones de una central termoeléctrica que dañaban la vegetación de la zona y en la que se reconoció la necesidad de indemnizar los daños y perjuicios.

³¹ *RJ* 1971\916, sobre daños y perjuicios producidos por una industria molesta y competencia de la jurisdicción civil.

³² En relación a cómo la autorización administrativa previa no impone a los particulares el deber jurídico de soportar el daño, cfr., el apartado 4.2 de este mismo estudio.

vadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, «corresponde el conocimiento a la jurisdicción civil, por razón de la “vis atractiva” de este sector jurisdiccional», al no poder ser llevados aquellos particulares ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa y concurrir, además, la conveniencia de evitar la consiguiente división de continencia de la causa de tener que actuar el perjudicado ante dos órdenes jurisdiccionales diferentes (FD Segundo)³³.

Uno de los fallos más relevantes, en lo concerniente a la clarificación de la competencia de la jurisdicción civil para asuntos atinentes a la contaminación del medio ambiente, fue la STS 3 diciembre 1987, que a través de una serie de consideraciones pergeña algunas de las razones para reconocer la pertinencia del recurso ante la jurisdicción civil. Así, aun admitiendo que la legislación sobre el medio ambiente y sus efectos es de inspiración esencialmente administrativa, correspondiendo a las administraciones estatal, autonómica y local su regulación y organización, considera que esto no es óbice para que «el ordenamiento jurídico privado pueda y deba intervenir en cuantos problemas y conflictos se originen en el ámbito de las relaciones de vecindad, en los supuestos de culpa contractual o extracontractual y en aquellos otros que impliquen un abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo [...]», además, sostiene que «el Derecho privado tiene primacía en los casos de conflictos entre personas físicas y jurídicas de naturaleza privada y la fuerza atractiva de la jurisdicción civil entra en juego, incluso en las cuestiones derivadas de actos en que la administración no actúa como poder en ejercicio del “ius imperi”»³⁴. Sin embargo, la misma Sala Primera del Tribunal Supremo, pareció entender lo contrario en la STS 20 enero 1983, al afirmar que «[...] cuan-

³³ *RJ* 2003\3041. Sentencia que resolvió un caso de inmisiones sonoras excesivas y apreció la existencia de daños causados al titular de una vivienda por ruidos y vibraciones procedentes de industria. Declara el Tribunal Supremo en este fallo que una decisión judicial que remitiese a unas nuevas y prolongadas instancias judiciales –en este caso de la jurisdicción Contencioso-Administrativa– representaría una vulneración, aunque fuese forzada, del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24 CE); asimismo, recuerda el Tribunal que esta Sala (Civil) ha rehusado tales situaciones en supuestos análogos, calificando la situación como «un peregrinaje de jurisdicción».

³⁴ *RJ* 1987\9176. El Tribunal Supremo consideró que esas razones eran más que suficientes para comprender que la contienda entre la parte actora –personas naturales o físicas– y la parte demandada –persona jurídica/privada– «no podía ventilarse por la vía y procedimiento administrativo, entrando de lleno en la esfera del Derecho privado y en la competencia de la jurisdicción ordinaria» (FD Segundo). En el caso enjuiciado prosperó la demanda de los propietarios de determinadas parcelas en las que se hallaban enclavadas algunas casas, contra la propietaria de fincas e instalaciones que constituían la central térmica de Foix, condenándola a cesar en las actividades que engendraban ruidos y proveer a la central de los elementos insonorizantes necesarios así como a cesar cualquier actividad que engendre contaminación, dotando a las instalaciones de depuradoras suficientes que garanticen al vecindario la salubridad, condenando también a la demandada a ejecutar las obras necesarias para reparar las grietas y fisuras producidas en los inmuebles de los accionantes.

do la discrepancia surge entre particulares y el hipotético infractor se encuentra legitimado por un acuerdo de la Administración, no podrá pretenderse sin más el derribo acudiendo a la Jurisdicción común, desprovista de facultades para anular el acto legitimador emanado del órgano administrativo competente»³⁵. De nuevo, reafirmó la competencia de la jurisdicción civil, en un supuesto de responsabilidad extracontractual por daños producidos por contaminación industrial, la STS 16 enero 1989, que, partiendo de que la perturbación al medio ambiente supone graves situaciones para la población, es cuestión de interés público, por lo que destacó la importancia de evitar o aclarar el equívoco de creer que porque a la Administración, en relación a aquel interés público, le corresponda ordenar y controlar la adopción de medidas protectoras, se trata en todos sus aspectos de materia propia del Derecho Administrativo y ciertamente que le interesa en aquellos aspectos generales, «pero [...] cuando [la cuestión] afecta a derechos subjetivos privados pierde aquel carácter para entrar de plano en el campo del Derecho civil [...]» (FD Quinto)³⁶.

Particular relevancia adquiere la jurisdicción civil frente a la administrativa cuando se producen daños derivados de inmisiones industriales, como ocurrió en el caso resuelto por la STS 14 marzo 2005, que concluyó que «en la responsabilidad civil el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no la excluye si se ha producido, como en el presente caso, el daño» (FD Cuarto)³⁷. Por lo demás, recuerda el Tribunal Supremo, sobre todo, a partir de la STS 31 mayo 2007, que como quiera que en el siglo xx fueron frecuentes los pronunciamientos del orden jurisdiccional civil que satisfacían las pretensiones de quienes se consideraban perjudicados por actividades contaminantes, «existe hoy una importante corriente en la doctrina científica que propugna una potenciación de la vía civil como especialmente idónea para la tutela de intereses medioambientales, a partir de la idea de que hasta ahora está

³⁵ *RJ* 1983\253, Considerando Tercero. Ampliamente, en relación a esta jurisprudencia y sobre la competencia de la jurisdicción civil en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente, PARRA LUCÁN, M.ª Á., *La protección al medio ambiente*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 24-30.

³⁶ *RJ* 1989\101. Por consiguiente, apela el Tribunal Supremo a los artículos 590 y 1908 del Código civil, porque en estos supuestos de incurrir en responsabilidad se hará efectiva bajo el dictado de la legislación civil.

³⁷ *RJ* 2005\2236. Sentencia que apreció la existencia de daños derivados de inmisiones industriales –contaminación producida por el funcionamiento anormal de fábricas de aluminio–, con agresión al medio ambiente considerado en abstracto y en concreto, así que se declaró la procedencia de la responsabilidad objetiva con fundamento en el artículo 1908.2.º CC. Nótese como el Tribunal reconoce que el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no excluye la responsabilidad civil; pues bien, sobre la irrelevancia de la obtención de una previa licencia administrativa para apreciar la existencia del daño, cfr., el apartado 4.2 de este trabajo.

infrautilizada sobre todo en la vertiente preventiva», asimismo, el Tribunal Supremo en esta Sentencia admite que «fue siempre ante el orden jurisdiccional civil, pese a la aparente escasez de normativa protectora frente a ruidos y otras inmisiones, donde los particulares obtuvieron más frecuentemente una satisfacción de sus pretensiones indemnizatorias o de cese de la actividad perjudicial; ya fuera con base en los artículos 1902, 1903 y 1908 del Código civil, ya con fundamento en su artículo 590, ya aplicando los principios de prohibición del abuso del derecho y de los actos de emulación [...]» (FD Tercero)³⁸; precisamente, al apelar al artículo 590 CC, la STS 26 noviembre 2010³⁹, recoge una afirmación de la jurisprudencia de la Sala de lo civil desde antiguo y declara que «la circunstancia de la remisión a las normas administrativas efectuada por el artículo 590 CC no implica que se produzca una “huida” al Derecho administrativo de toda la materia de las relaciones de vecindad por implicar la falta de competencia de la jurisdicción civil» (FD Segundo)⁴⁰.

3. LA TUTELA JUDICIAL CIVIL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: CONFLICTOS VECINALES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES EN CONFLICTO

El Derecho vecinal tiene que estar sólidamente apoyado en las normas y principios que, en este ámbito institucional, contiene la Constitución española de 1978: respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1); derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15); respeto a la intimidad personal y familiar (art. 18.1); inviolabilidad del domicilio (art. 18.2); derecho a elegir libremente residencia (art. 19); libertad de expresión e información (art. 20); reconocimiento de la función social de la propiedad (art. 33.2); derecho a la protección de la salud (art. 43); derecho al medio ambiente adecuado y a proteger y mejorar la calidad de vida (art. 45), por ejem-

³⁸ RJ 2007\3431.

³⁹ RJ 2011\1317.

⁴⁰ Así, concluye que cuando el artículo 590 CC remite a los reglamentos reguladores de la actividad que está causando un daño a las propiedades vecinas, no está transformando la norma civil en norma administrativa, sino integrando en el ordenamiento civil los criterios para la calificación de la actividad que genera las inmisiones. Sin embargo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ sí creyó que esta materia se había “administrativizado”, al poner de manifiesto «las virtualidades e insuficiencias del planteamiento civil tradicional». Así, recuerda como las reglamentaciones administrativas son expresamente llamadas por el Código civil (art. 590) «para completar por vía de remisión su propio esquema normativo». FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *El medio ambiente y las vecindades industriales*, op. cit., p. 75.

plo⁴¹. Por consiguiente, como reconoce Alonso Pérez, «la defensa última de las relaciones vecinales correctas y tolerables tiene que apoyarse en nuestra Ley Fundamental»⁴². En cualquier caso, aun admitiendo la vinculación de las inmisiones no solo con el derecho a la integridad física sino también con los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, por ejemplo; convengo con Egea Fernández, que no estima razonable que el Tribunal Constitucional deba entrar a conocer de todos los casos de vulneración de tales derechos; así, para atajar el colapso en que se halla sumido el amparo constitucional, propone distinguir entre las infracciones constitucionalmente relevantes y las que tienen carácter secundario, estas últimas, fijada la doctrina constitucional al respecto, deberían quedar excluidas, además, se muestra partidario de superar la dicotomía igualdad/constitucionalidad mediante la objetivación del recurso de amparo consistente en someter la pretensión del demandante a un juicio de relevancia constitucional⁴³.

Nótese que los artículos 15, 18 y 19 CE, se han traído a colación por la STC 119/2001, 24 mayo⁴⁴, que desestimó el recurso de amparo solicitado por la recurrente, en esencia, por la falta de acreditación ante el Tribunal Constitucional de la relación directa entre el ruido y la lesión de la salud⁴⁵; constataba el Tribunal Constitu-

⁴¹ Como apostilló sabiamente JORDANO FRAGA, nuestro sistema constitucional *prima facie* no incluye el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado bajo la garantía del recurso de amparo (cfr. los arts. 45 y 53.2 CE); sin embargo, estima que esa no es una exclusión absoluta, ya que considera que el derecho al medio ambiente es susceptible de lo que denomina una protección refleja a través del recurso de amparo dirigido a la tutela de otros derechos, como el derecho a la vida (art. 15 CE), el derecho a la intimidad (art. 18 CE), el derecho a la participación (art. 23 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24) y el derecho a la educación (art. 27 CE). JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, sobre todo, cuando estudia el derecho a un medio ambiente adecuado como «derecho fundamental y su protección refleja a través del recurso de amparo», pp. 485-492.

⁴² ALONSO PÉREZ, M., «Las relaciones de vecindad», *op. cit.*, en especial, cfr., las pp. 366 y 395.

⁴³ EGEEA FERNÁNDEZ, J., «Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedente de una zona de ocio nocturno, recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 2001, p. 86.

⁴⁴ En relación a esta STC, cfr., el estudio de EGEEA FERNÁNDEZ, J., «Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedente de una zona de ocio nocturno, recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo)», *op. cit.*, pp. 69-105.

⁴⁵ Adviértase como el Tribunal Constitucional sin embargo, siguió criterios contrapuestos en dos Sentencias de muy diferente factura técnica, en las STC 16 y 25/2004, de 23 y 26 de febrero, respectivamente (*RTC 2004\16* y *RTC 2004\25*). En el primer caso (STC 16/2004), el Tribunal Constitucional encuentra suficiente cobertura a la sanción de cincuenta mil pesetas (300 €) impuesta a un pub de Gijón, por sobrepasar los niveles sonoros permitidos por la ordenanza municipal sobre protección contra la contaminación acústica de dicha ciudad y desestima el recurso de amparo; en la STC 25/2004, el Tribunal Constitucional estimó que la sanción de cierre de un mes de una discoteca, ordenada por la alcaldía de Santander, como consecuencia de una infracción tipificada como grave en la ordenanza municipal sobre protección del medio ambiente contra la emisión de ruido y

cional que no había acreditado la recurrente ninguna medición de los ruidos padecidos en su vivienda que permitiese concluir que «por su carácter prolongado e insoportable», hayan podido afectar al derecho fundamental para cuya preservación solicita el amparo (FJ Séptimo)⁴⁶. Este caso fue resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la STEDH 16 noviembre 2004⁴⁷, en el asunto Moreno Gómez contra España, que declaró existente la violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar –apelando al artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1999, según el que «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia»–. Como constata Fernández Urzainqui⁴⁸, la expresada doctrina otorga protección constitucional a las inmisiones o contaminaciones graves [se refiere, en concreto, a las acústicas; pero estimo puede extrapolarse a otras injerencias diferentes], abriendo la vía del recurso de amparo frente a la inercia o falta de reacción de los poderes públicos ante ellas. Anticipándose a esta doctrina, Martín-Retortillo Baquer, ya había abogado por «construir, desarrollar y trabar el núcleo de la intimidad-protección del domicilio frente a determinadas inmisiones sonoras»⁴⁹.

A mi juicio, la relevancia que los derechos reconocidos constitucionalmente tienen en materia de Derecho de vecindad, se manifiesta, en esencia, desde una triple perspectiva: en primer lugar, por

vibraciones, no tenía cobertura suficiente en la Ley Orgánica de seguridad ciudadana, razón por la cual estimó el recurso de amparo, anulando la sanción impuesta por la resolución del alcalde de Santander y la STSJ Cantabria de 16 julio 2001. En estas STC, como reconoce PULIDO QUECEDO, «se manifiestan entendimientos dispares, en un ámbito tan sensible a la ciudadanía como es el de la lucha contra el ruido»; reflexiona el autor que «vivimos en una sociedad ruidosa y, por tanto, poco respetuosa con el derecho a no ser molestado (*privacy*) al que se refiere el TS americano de la mano de Warren y Brandeis. *My home is my castle*, según el aforismo inglés. Sin embargo, el recinto particular que constituye el domicilio privado se ve violado por el elemento patógeno que es el ruido, de manera constante». PULIDO QUECEDO, M., «La dispar lucha contra el ruido en la reciente jurisprudencia constitucional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, (Parte Tribuna), núm. 3/2004. Estudia las relaciones de vecindad y el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, EGEA FERNÁNDEZ, J., «Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente», en José ESTEVE PARDO (Coord.), *Derecho del medio ambiente y administración local* (2.ª ed.), Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona. 2006, pp. 425 y 426.

⁴⁶ RTC 2001\119. Apelaba la recurrente al derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, por el nivel de ruidos producidos por una discoteca situada en los bajos del domicilio de la recurrente, en la zona de San José de Valencia, zona declarada «acústicamente saturada», se reclamaban daños por el insomnio que sufría la demandante, consideró el Tribunal que faltaba la acreditación de la relación directa entre el ruido y la lesión de la salud.

⁴⁷ TEDH 2004\68.

⁴⁸ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *La tutela civil frente al ruido*, Civitas, Madrid. 2003, pp. 92 y 93.

⁴⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «El ruido en la reciente jurisprudencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 125, mayo-agosto 1991, p. 322.

la denominada «fuerza expansiva de los derechos fundamentales», que, como dice la STS 29 abril 2003, con apoyo en el propio Texto Normativo, se atiene a la realidad de su vulneración más que a los medios con que aquella se realice⁵⁰. En segundo lugar, los derechos reconocidos constitucionalmente y, singularmente, los derechos fundamentales, han de servir de modo insoslayable, tanto, para integrar, interpretar y aplicar las otras normas, como para interpretar y acomodar a sus prescripciones los diferentes remedios frente a las intromisiones ilegítimas. En efecto, el Tribunal Supremo declara que debe propugnarse una «interpretación evolutiva de las leyes», que tenga en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» (art. 3.1 CC), por lo que concluye que las reglas de interpretación recogidas en el artículo 3 del Código civil, lejos de constituir un obstáculo a la adecuación de las normas a la Constitución, la potencian, desde el momento en que el Texto Constitucional se convierte en el «contexto» al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales⁵¹. También, la doctrina científica, insiste en la relevancia de los principios constitucionales a efectos interpretativos. Así, Alonso Pérez, manifestó que los valores y normas constitucionales, en los que se apoya la defensa de las relaciones vecinales –antes citados: respeto a la dignidad, a la intimidad, al domicilio, a la propiedad, a la salud o al medioambiente (*ex arts.*: 10, 18, 33, 43 y 45 CE)– «no son puros ideales utópicos, sino derechos inviolables que informan constitucionalmente las relaciones de vecindad»; por lo tanto, concluye con unas sabias apreciaciones con las que convengo: «Desde su recta comprensión han de entenderse e interpretarse ineluctablemente todos los instrumentos legales o principios ético-jurídicos –como la buena fe, la equidad, el abuso

⁵⁰ *RJ* 2003\3041. FD Sexto. Puntualiza el Tribunal Supremo, que esta doctrina es particularmente exigible en aquellos derechos fundamentales, como el de la intimidad, «cuya noción o determinación conceptual fuera de su vaga definición como, “derecho a ser dejado en paz”, equivalente a derecho a la soledad y a la tranquilidad, obliga a caracterizarlos desde la perspectiva de los actos concretos que inciden en su contenido o núcleo esencial». Concluye el Tribunal Supremo, que, en este sentido, la protección a la intimidad no queda reducida a la evitación y proscripción de la divulgación de la vida privada o la penetración no autorizada en el ámbito en el que se desarrolla la vida privada: «Nuevas formas o nuevos procedimientos que alteran gravemente la paz familiar y el entorno en el que se desarrolla la vida íntima o privada constituyen manifestaciones de intromisión ilegítima frente a las cuales cabe y es obligada la tutela judicial». Esto también se desprende de la STC (Pleno) 119/2001, 24 mayo (*RTC* 2001\119) y de la constante jurisprudencia del TEDH, a la que se refiere este mismo apartado.

⁵¹ *RJ* 2003\3041. FD Octavo. Por consiguiente, considera el Tribunal Supremo que esa acomodación ha de ser observada no solo en los casos en que sea preciso llevar a cabo una interpretación declarativa de las disposiciones legales, sino también en la denominada «interpretación integradora».

del derecho, la reparación civil del daño, etcétera— que invocan nuestros tribunales para rechazar las inmisiones en la esfera jurídica ajena»⁵². En tercer lugar, la relevancia de los derechos constitucionales citados para las relaciones vecinales, se manifiesta también en la susceptibilidad, reconocida por el Tribunal Supremo, de una «tutela judicial civil», de que quepa su protección «al amparo de la legislación civil ordinaria»⁵³. En este sentido, la significativa STS 29 abril 2003, en aplicación del principio procesal «iura novit curia», permitió plantear conjuntamente la acción por intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad de las personas y la acción por culpa extracontractual en relación ambas con inmisiones ilícitas de ruido, porque «el ejercicio conjunto de dos acciones, la acción de intromisión ilegítima y la acción de responsabilidad extracontractual no implica un defecto de planteamiento —no son acciones contradictorias (Sentencias del Tribunal Constitucional 90/1985 y 92/1985)— ni imposibilitan que por el juego del principio “iura novit curia” el órgano judicial resuelva la cuestión aplicando una u otra acción» (FD Décimo)⁵⁴.

Por lo demás, modernamente, a raíz del reconocimiento constitucional de unos derechos fundamentales, con tutela jurídica reforzada, pues son susceptibles en caso de desconocimiento o vulneración, en sede interna, de recurso de amparo⁵⁵ y, en virtud del

⁵² ALONSO PÉREZ, M., «Las relaciones de vecindad», *op. cit.*, p. 395.

⁵³ Así se pronunció la STS 5 marzo 2012 (RJ 2012\2974) —que sigue la doctrina defendida por la STS 29 abril 2003 (RJ 2003\3041)—. Recuerda esta STS de 2012 como la STS 29 abril 2003, fundándose en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, había mantenido la condena de la empresa titular de una fábrica que transmitía ruidos al interior de la vivienda familiar de la demandante «fundándose entonces esta Sala en la combinación del derecho fundamental a la intimidad, como “derecho a ser dejado en paz”, con los artículos 590, 1902 y 1908 CC y en la posibilidad de ejercitar conjuntamente la acción fundada en la Ley Orgánica 1/1982 y las fundadas en el Código civil» (FD Quinto).

⁵⁴ RJ 2003\3041. Se apareció la existencia de una intromisión ilegítima, con atentado al derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad de domicilio, por los daños causados al titular de una vivienda desde que la compró y en la que sufre ruidos y vibraciones procedentes de una industria, pese a disponer esta de la correspondiente licencia administrativa. Se estimó la aplicación del artículo 1908.2.º CC «cuya explícita referencia a “humos excesivos”, es fácilmente transmutable, sin forzar las razones de analogía, a los ruidos excesivos» (FD Quinto). También, la SAP Lugo 10 diciembre 2014 (JUR 2015\51475) recordó que es conocida la jurisprudencia del Tribunal Supremo actualmente consolidada que llega a considerar que encajan las emisiones de ruidos abusivos dentro del ámbito de los derechos fundamentales relativos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad de domicilio, «con aplicación analógica de lo dispuesto en el n.º 2 del artículo 1908 CC» (FD Primero).

⁵⁵ Sin embargo, mediante Auto 1110/1987, 13 octubre 1987, el Tribunal Constitucional acordó la inadmisión del recurso de amparo contra una resolución del Alcalde de Sevilla y contra la STS (Cont.-Adm.) 11 marzo 1987 (RJ 1987\1471), confirmándose, la decisión de cierre de un bar en Sevilla, debido, en esencia, a actividades molestas y ante las «reiteradas quejas de los vecinos colindantes», al analizar este Auto, MARTÍN-RETORTILLO, aplaude el fallo, y destaca, tanto el respaldo que se concede a la decisión del Ayuntamiento, como el importante papel de coro que juega el hecho de la existencia de reiteradas quejas de los vecinos. Destaco de su trabajo la defensa de la libertad, de todos y no de unos

Convenio Europeo de Derechos Humanos, del agotamiento de la instancia supranacional que representa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha abierto paso con gran empuje la tendencia doctrinal y jurisprudencial a considerar las inmisiones como gravemente nocivas, cuando afectan a la persona, en relación a sí misma, su domicilio, o a su intimidad, porque suponen atentados o agravios inconstitucionales⁵⁶. De ahí que, merced a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se haya producido una especie de «retorno a lo fundamental permitiendo que sobre la maraña legislativa se imponga lo evidente, el derecho a la intimidad domiciliaria y que frente a las inmisiones patentes pueda reaccionarse incluso por la vía de la protección civil de los derechos fundamentales»⁵⁷.

En efecto, es, a partir especialmente de la STS 29 abril 2003⁵⁸, cuando la jurisprudencia de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo incorpora la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de que determinadas inmisiones pueden llegar incluso a vulnerar derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad y, por tanto, para reaccionar frente a las mismas una de las vías posibles es la de la tutela de los derechos fundamentales⁵⁹. Después, la STS 28 enero 2004⁶⁰, mediante una interpretación del artículo 1908 CC, de acuerdo con el artículo 45.1 CE, extendería la formulación de aquel precepto a las «inmisiones intolerables y a las agresiones al medio ambiente» y consideraría que no era misión del Derecho civil la protección del medio ambiente en abstracto pero sí la «protección específica a derechos subjetivos patrimoniales» (FD Segundo)⁶¹.

cuantos ciudadanos, que exige la adopción imprescindible de medidas y el establecimiento de garantías a favor de la generalidad, porque «Un sistema de libertad implica siempre el cuidado sobreañadido de procurar no molestar a los demás, de buscar el respeto de “el otro”, el *alterum non laedere*». MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional (Auto de 13 de octubre de 1987, en relación con la clausura de un bar en Sevilla)», *Revista de Administración Pública*, núm. 115, 1988, pp. 207 y 231. También, se infiere que en las reclamaciones judiciales frente a los ruidos juegan una importante función de «coro», los vecinos que ratifican las reclamaciones de los afectados y sirven de prueba testifical, en la SAP Lugo 10 diciembre 2014 (*JUR* 2015\51475).

⁵⁶ Así, la STS 29 abril 2003, citada (FD Quinto, en especial).

⁵⁷ En este sentido, se pronunció la STS 19 marzo 2013 (*RJ* 2013\3153) –FD Tercero–, que resuelve un caso planteado por una comunidad de propietarios contra la constructora y promotora de un edificio y la empresa explotadora del Metro de Madrid por los ruidos y vibraciones transmitidos al interior de las viviendas por la circulación de los trenes.

⁵⁸ *RJ* 2003\3041.

⁵⁹ Cfr., también, por ejemplo, las STS de 31 mayo 2007 (*RJ* 2007\3431), de 12 enero 2011 (*RJ* 2011\305) o de 5 marzo 2012 (*RJ* 2012\2974).

⁶⁰ *RJ* 2004\153.

⁶¹ Con esta misma doctrina, cfr., la STS 31 mayo 2007 (*RJ* 2007\3431).

Tal vez, una de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos más citadas por el Tribunal Supremo español y más representativa en relación a la protección frente a inmisiones nocivas, sea la STEDH 9 diciembre 1994, Caso López Ostra contra España, que consideró la existencia de vulneración del respeto a la vida privada y familiar y, por tanto, del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos «1. Toda persona tiene derecho al respeto a la vida privada y familiar [...]», por el Ayuntamiento de Lorca (Murcia), al no mantener un «justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar»⁶². También, estimó la existencia de vulneración del artículo 8 del Convenio y al «justo equilibrio entre el interés del bienestar económico del país y el disfrute efectivo por los demandantes del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar», la STEDH 2 octubre 2001, Caso Hatton y otros contra Reino Unido⁶³.

⁶² *TEDH* 1994/3. El caso enjuiciado tiene su origen en la gran concentración de industrias del cuero en la ciudad de Lorca, que causó emanaciones de gases, olores pestilentes y contaminación (debidas a su mal funcionamiento), que provocaron inmediatamente trastornos de salud y molestias a numerosos habitantes de Lorca. Convento con la opinión de EGEA FERNÁNDEZ, cuando al comentar esta STEDH, le resulta sorprendente que el Tribunal considere indemnizable (como daño causado por la violación del artículo 8 del Convenio) la disminución de valor que había sufrido el piso de la señora López Ostra, a causa de las intromisiones, ya que entiende que la disminución del valor de las viviendas situadas en los alrededores de la planta depuradora no tiene relación directa con la vulneración del derecho fundamental al respeto al domicilio (residencia), sobre todo si se tiene en cuenta que en aquel momento ya se había decretado el cese de la actividad perjudicial. EGEA FERNÁNDEZ, J., «Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio (A propósito de la Sentencia del TEDH de 9 de diciembre de 1994)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 9, 1996, p. 363. Sin embargo, no se estimó la violación del artículo 8 del Convenio (derecho al respeto a la vida privada y familiar), en la STEDH 3 julio 2012 (*TEDH* 2012/64), cuando se pretendía la violación del citado precepto por actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas por contaminación acústica e intromisiones de polvo en el domicilio de los demandantes, porque se trataba de una vivienda construida sobre un terreno de uso industrial y no residencial y de una ubicación voluntaria en una situación irregular y que la explotación de la cantera era reglamentaria. Expone muy bien esta doctrina, HUALDE MANSO, al poner en relación el pre-uso o la pre-ocupación con la calificación urbanística; así, señala que quien dentro de un polígono industrial sufre los inconvenientes de los ruidos de las fábricas allí instaladas poco o nada podrá alegar ya que precisamente la calificación y la ubicación de ese terreno marca una utilización determinada: «La zonificación administrativa del terreno marca el “hábito inmisivo” de una parcela geográfica, obviando el momento temporal en que ese hábito y circunstancias se instauraron [...]». Es en este sentido en el que la calificación urbanística y el pre-uso tienen algunos puntos de concomitancia». HUALDE MANSO, T., «La pre-utilización de los inmuebles y las inmisiones», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2011 (Parte comentario) –BIB 2011/359–.

⁶³ *TEDH* 2001/567. Los demandantes alegan que hubo violación del artículo 8 del Convenio debido al incremento del nivel de ruido en sus domicilios, causado por los aviones que utilizan el aeropuerto de Heathrow. En relación a la vulneración del derecho a la intimidad domiciliaria por ruidos derivados de vuelos del Aeropuerto de Barajas Cfr. las STS (Cont.-Adm.) de 13 octubre 2008 (RJ 2008/7142) y de 3 abril 2017 (RJ 2017/1934), esta última con remisión al Reglamento (UE) 598/2014, relativo al establecimiento de normas y procedimientos respecto a la introducción de restricciones operativas relacionadas con el ruido en los aeropuertos de la UE.

Una de las inmisiones más recurrentes, frente a la que han tenido que reaccionar los tribunales, ha sido la del ruido, no en vano, como reconoce la significativa STS 5 marzo 2012, que tiene presente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «el hecho de que España es uno de los países más ruidosos del mundo revelan las dificultades que encuentran los ciudadanos para lograr una protección efectiva, no meramente teórica, contra el ruido»⁶⁴. Precisamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió varios casos con origen en España, que pivotaban sobre las inmisiones ruidosas, y en los que se estimó la violación del artículo 8 del Convenio (sobre derecho al respeto a la vida privada y familiar), destacan la STEDH 16 noviembre 2004⁶⁵, Caso Moreno Gómez contra España y la STEDH 18 octubre 2011⁶⁶, Caso Martínez Martínez contra España.

Finalmente, procede, abocetar una cuestión que, por lo demás, aparece de forma recurrente en las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo, se trata de realizar un juicio de ponderación sobre diferentes derechos fundamentales que, con inusitada frecuencia entran en conflicto o colisión en el ámbito del Derecho vecinal, por ejemplo, entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información, como ocurrió en uno de los supuestos enjuiciados más relevantes por aunar la referida colisión de derechos fundamentales con un problema de inmisiones de ruidos y malos olores; me refiero al caso resuelto por la STS 5 junio 2014⁶⁷. La conducta del recurrente consistió, en esencia, en la colocación y exposición de unos carteles en los balcones de su vivienda dando a conocer y quejándose de las molestias por ruidos y malos olores que venía sufriendo en su domicilio, próximo a las instalaciones de un parque zoológico, a la vez que instaba la intervención de las autoridades locales para poner fin a una situación

⁶⁴ *RJ* 2012\2974. Se apreció la existencia de intromisión ilegítima por ruido superior a los límites legalmente permitidos en la vivienda de los demandantes al transmitirse el sonido de un piano desde la vivienda de los demandados; como estimó el Tribunal Supremo, en la actualidad existen medios suficientes (como la sordina en el piano mecánico o los auriculares en el piano electrónico) «para hacer compatible el derecho a estudiar piano con el respeto a la intimidad domiciliaria de los vecinos». Además, aunque se alegó que el trabajo del demandante en industria siderometalúrgica le hacía soportar ruidos mucho más molestos e insoportables que los del piano, el Tribunal Supremo declaró que ese es «argumento reversible porque quien soporta graves ruidos por razón de su trabajo no puede perder ni ver disminuido su derecho a disfrutar de sosiego, paz y tranquilidad en su hogar» (FD Octavo).

⁶⁵ *TEDH* 2004\68. Se estimó la violación del citado artículo 8 del Convenio por la contaminación acústica por los ruidos producidos por una discoteca situada en los bajos del domicilio de la recurrente, en la zona de San Juan de Valencia, zona declarada «acústicamente saturada».

⁶⁶ *TEDH* 2011\86, que también estimó la violación del artículo 8 del Convenio, por contaminación acústica, ante los ruidos producidos por un bar instalado en la terraza de una discoteca situada en los bajos del domicilio del recurrente.

⁶⁷ *RJ* 2014\2843.

que consideraba perjudicial⁶⁸; por consiguiente, el conflicto entre el derecho al honor de la entidad titular del parque, en su dimensión de prestigio profesional de la empresa, colisionaba con los derechos del recurrente a la libertad de información y a la libertad de expresión. El Tribunal Supremo consideró que el problema jurídico era un problema de proporcionalidad, a saber, si la conducta del recurrente al colocar los carteles denunciando la situación estaba justificada por la gravedad de la propia situación y concluyó que en el presente caso, dada la muy larga duración de la injerencia domiciliaria por ruidos, no puede considerarse desproporcionada la colocación de unos carteles en el exterior de la propia vivienda afectada informando de la situación y protestando contra ella, pues el desprestigio de la entidad demandante-recorrida provenía más, en el conflicto de los derechos fundamentales, del ejercicio por ella misma de una actividad empresarial «que perturbaba el derecho de los vecinos a dormir y descansar, no remediando el problema en un tiempo mínimamente razonable» (FD Tercero)⁶⁹.

⁶⁸ En los carteles se podía leer escrito, en letras mayúsculas rojas, lo siguiente: «Basta con la molestia acústica y mal olor provocado por el Loro Parque. Que el Ayuntamiento intervenga»; ante la falta de reacción ante este cartel, se añade otro más que decía «Menos ruido y respetar el derecho humano».

⁶⁹ Otros que si bien no incluyen supuestos de intromisiones nocivas, sí entran en el ámbito de las relaciones vecinales y de derechos fundamentales en conflicto en los que prevaleció, en la ponderación, el derecho a la libertad de expresión sobre el derecho al honor, son los resueltos por las siguientes sentencias: en la STS de 25 febrero 2008 (*RJ* 2008\2818), se consideró inexistente la intromisión ilegítima ante las expresiones relativas a la conducta profesional de un portero de una comunidad de propietarios publicadas en una revista interna, para conocimiento de los miembros de esta, ante el interés general de la información, la veracidad sustancial del contenido y la ausencia de carácter injurioso o insultante. Por otra parte, en la STS 30 diciembre 2010 (*RJ* 2011\1792), que resuelve la denuncia de violación del derecho al honor, por la declaración de la junta de propietarios a los actores como personas no gratas para la comunidad y al estudiar la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, aclaró que: el artículo 18.1 CE garantiza el derecho al honor como una de las manifestaciones de la dignidad de la persona, proclamada por el artículo 10 CE: «El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. Esta limitación afecta también al derecho al honor en su modalidad relativa al prestigio profesional»; también afirma que la libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información –cfr., las STC 104/1986, 17 julio (*RTC* 1986\104) y 139/2007, 4 junio (*RTC* 2007\139)–, porque no comprende la narración de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. Concluye el Tribunal Supremo que la limitación del derecho al honor por la libertad de expresión tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso; técnica de ponderación que exige, en primer término, valorar el peso en abstracto de los derechos fundamentales que entran en colisión y en segundo término, el peso relativo de los derechos fundamentales que entran en colisión (FD Cuarto). En esta STS de 2010, del juicio de ponderación también resultó prevalente la libertad de expresión, frente al derecho al honor; se consideró que no constituía intromisión ilegítima la declaración en junta de propietarios a los actores como personas no gratas para la comunidad, solicitando examen psiquiátrico de uno de ellos por sus actuaciones personales respecto a aquella y haciendo constar dichos extremos en acta extendida al efecto. Concluye el Tribunal Supremo que «La utilización de la expresión de declarar personas no gratas a los recurrentes no

4. DE CÓMO LA PRE-OCUPACIÓN NO ELIMINA POR SÍ SOLA LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR, NI LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA IMPONE A LOS PERJUDICADOS EL DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR EL DAÑO

Dos cuestiones que con frecuencia aparecen conectadas en los fallos jurisprudenciales que resuelven casos de Derecho vecinal y, en particular, de inmisiones medioambientales, son las relativas a la procedencia o no de la obligación de soportarlas y la correspondencia, en su caso, de indemnización a los damnificados, por una parte, en los casos en los que el causante de la inmisión estuviese instalado con anterioridad respecto al que se establece después y sufre la inmisión y, por otra parte, en el supuesto de que el causante de la inmisión contase con la pertinente autorización o licencia administrativa. Este apartado se ocupa de tratar de resolver los dos supuestos.

4.1 LA REPERCUSIÓN DE LA PRIORIDAD EN EL USO

La teoría de la «prioridad en el uso» o de la «pre-ocupación» que, en la solución de los conflictos de vecindad, ha postulado el obligado sometimiento a las inmisiones preexistentes de quienes con posterioridad se establecieran en el área afectada por ellas, carece tanto de apoyo legal como jurisprudencial y doctrinal. Aunque de esta doctrina de la pre-ocupación sí se hace eco algún texto

entraña ningún ataque al honor de aquellos al no atribuírsele cualidades o defectos que puedan hacer desmerecer en el concepto público ni puedan constituir un descrédito para la persona; tal declaración, que no incluye ninguna expresión vejatoria o injuriosa para los recurrentes, no es sino manifestación del rechazo por la comunidad de propietarios a la actitud obstruccionista de los recurrentes respecto a los acuerdos adoptados en el seno de la misma, el reiterado impago de las cuotas y los procedimientos judiciales iniciados» (FD Quinto). De nuevo, se produjo la colisión entre el derecho al honor y la libertad de información en el caso enjuiciado por la STS 21 marzo 2014 (RJ 2014\3838), que, también, fue resuelto mediante el uso de las técnicas de ponderación, valorando el peso abstracto y el relativo de los derechos en conflicto. El caso planteaba como cuestión de fondo, si la publicación en la puerta de acceso a un edificio residencial, así como en la puerta de entrada de la piscina de la comunidad, de la relación de los propietarios que no estaban al corriente del pago de sus deudas comunitarias, entre las que se encontraba la parte demandante, supone una vulneración de su derecho al honor, el Tribunal Supremo concluyó que en el pertinente juicio de ponderación entre los derechos fundamentales en liza, debía inclinarse a favor de la prevalencia del derecho a la libertad de información y comunicación que asistía a la parte demandada, porque la información difundida no solo es de interés para la comunidad de propietarios, sino que viene amparada por la legislación específica de propiedad horizontal [cfr., el artículo 20.1.a) LPH, cuando dispone que corresponde al administrador «Velar por el buen régimen de la casa, sus instalaciones y servicios, y *hacer a estos efectos las oportunas advertencias y apercibimientos a los titulares*» –la cursiva es añadida-], además, dicha información cumplía el presupuesto de veracidad (FD Segundo).

legal foráneo, como el Código civil italiano, al regular las inmisiones, si bien limitándose a considerarla como un criterio complementario a valorar por el juez, que «Puede tener en cuenta la prioridad de un determinado uso» (art. 844.2.º). En el ordenamiento jurídico español carece, sin embargo, de apoyo legal⁷⁰. Convengo con Egea Fernández, cuando, al defender la irrelevancia del uso previo, declara que dar relevancia al uso previo, excluyendo la posibilidad de defenderse frente a injerencias perjudiciales, comportaría que, el destino dado a la finca por el primero en instalarse en un determinado lugar, «impondría a los predios vecinos una especie de servidumbre de sumisión a dicho uso, lo que no encuentra amparo en el Derecho español»⁷¹.

Esta doctrina de la pre-ocupación o prioridad en el uso, también conocida como principio de preexistencia, pre-uso o anterioridad en la posesión, se basa en el aforismo *prior tempore, potior iure*, trasladado al campo de las relaciones de vecindad e inmisiones. Ahora bien, como explica Algarra Prats, la principal crítica que merece la teoría de la pre-ocupación es que transporta un criterio para resolver otro tipo de conflictos a un campo que no es el suyo, ya que el principio *prior tempore, potior iure*, puede encontrar aplicación como criterio de solución cuando se trata de un conflicto de intereses sobre un mismo objeto o derecho; en tal caso el ordenamiento jurídico protege a aquel que se ha adelantado en el ejercicio del derecho o a aquel cuya titularidad es anterior; sin embargo, como observa la autora, en las relaciones vecinales el punto de partida es distinto, ya que no existe un conflicto de derechos sobre un mismo objeto, sino un conflicto entre dos derechos diferentes, que deben ser considerados en pie de igualdad en la búsqueda de una solución, atemperando los intereses de ambos sujetos⁷².

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ya en algunas sentencias antiguas, como las STS de 9 abril 1866⁷³,

⁷⁰ En efecto, en el rudimentario régimen de las inmisiones que se pueda inferir del artículo 590 CC nada se atisba sobre la prioridad en el uso; tampoco prevé nada el artículo 1908 CC, como no sea el exigir que las perturbaciones no sean excesivas; ni el artículo 7.2 CC que sí requiere la normalidad en el uso... Tampoco dispone nada al respecto la ley 367 del Fuero Nuevo de Navarra, ni los artículos 546-13 y 546-14 del CC de Cataluña, ni los artículos 537 y 538 del Código del Derecho foral de Aragón.

⁷¹ EGEA FERNÁNDEZ, J., «Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente», *op. cit.*, 421-423.

⁷² ALGARRA PRATS, E. «Comentario a al STS 2 febrero 2001», *CCJC*. 2001, 57, núm. 1540, p. 621.

⁷³ *JC* 1866, t. XIII, núm. 142. Sentencia que rechazó la aplicación al caso de la Partida V, título 8, ley 22 –con la rúbrica: *Cómo si el fruto de la heredad se pierde por ocasión, non es tenuto aquel que la arrendó de dar la renta que prometió por ella–*, a favor de una compañía minera demandada por humos y vertidos perjudiciales para la finca y ganado del vecino, explotación minera anterior a la adquisición de la finca afectada por los demandan-

de 12 mayo 1891⁷⁴, y de 24 febrero 1928⁷⁵, rechazó en el ámbito del Derecho civil el principio o teoría de la pre-ocupación, en virtud de la cual, como recuerda la STS 31 mayo 2007: «se negaba la indemnización por actividad contaminante a quien se estableciera en el lugar después de haberse iniciado tal actividad»⁷⁶. Precisamente, en un supuesto de inmisión de ruidos, vibraciones, polvos y humos procedentes de unas plantas industriales dedicadas al transporte, clasificación y trituración de áridos en la finca donde los demandantes trasladaron su vivienda y una explotación agrícola y ganadera, la STS 2 febrero 2001, rechaza el criterio de la pre-ocupación o prioridad de uso de las empresas industriales, razonando que el «conjunto de circunstancias concurrentes en el proceso adquisitivo del complejo de los demandantes, no puede inviabilizar, de por vida, cualquier medio de defensa contra esa patología por los damnificados»⁷⁷. Por otra parte, la significativa y clarifica-

tes, razonando que: «[...] por más que el demandante adquiriera algunas partes de la dehesa cuando se ejecutaban ya las calcinaciones que ocasionaban el daño, no por eso puede ni debe suponerse que lo verificaba con ánimo de consentir los perjuicios que se le irrogasen, renunciando al derecho a reclamarlos» (Considerando Sexto).

⁷⁴ JC 1891, t. 69, núm. 144. Sobre la pretensión indemnizatoria de quien había construido cerca de una escombrera perteneciente a una compañía de ferrocarriles, la cual acabó derrumbándose y causando daños a casas construidas con posterioridad: «[...] puesto que es innegable el derecho que tenía [...] de construir su casa en el solar de su propiedad, y la existencia anterior de las escombreras próximas a ella no puede privarle del [derecho] que a todo propietario corresponde de que su finca se considere libre de toda servidumbre o gravamen que no se hallen establecidos legalmente, siendo, por tanto, evidente que no cabe enriquecimiento torticero en quien usa de un derecho perfecto e indiscutible» (Considerando Cuarto).

⁷⁵ JC 1928, t. 181, núm. 114. Al recoger la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual, la obligación que establece el artículo 1902 CC alcanza al dueño de una cosa que por omitir los medios conducentes a la desaparición o corrección de los vicios o defectos de que adolezca o por no emplear los procedimientos adecuados para evitar sus consecuencias, da lugar a que se produzcan los daños «sin que pueda excusarle de tal obligación la circunstancia de que al adquirir dicha cosa se hallase en igual estado y hasta se hubieran venido produciendo por el abandono los mismos peligros que sirven de fundamento a la reclamación» (Considerando Quinto).

⁷⁶ RJ 2007\3431 (cfr., FD Tercero). Fallo que rechazó la teoría de la «pre-ocupación», en relación a contaminaciones acústicas procedentes de la circulación de trenes por una vía ferroviaria construida entre dos factorías de la empresa siderúrgica demandada.

⁷⁷ RJ 2001\1003. En el caso de autos se declara la procedencia de la indemnización de daños por responsabilidad extracontractual, por los causados en propiedad privada por contaminación medioambiental intensa, masiva y continua. Al comentar esta Sentencia del Tribunal Supremo, que rechaza la aplicación al caso de la tesis de la pre-ocupación, ALGARRA PRATS, aprovecha la ocasión para criticar la aplicación de esta teoría. ALGARRA PRATS, E., «Comentario a la STS 2 febrero 2001», *op. cit.*, pp. 607-622. También, al comentar esta Sentencia, destaca el estudio de EGEA FERNÁNDEZ, J., «Irrelevancia del uso previo y de la participación de los perjudicados en la actividad inmisiva como criterios reductores de la indemnización. Comentario a la STS. 1.ª, de 2 de febrero de 2001», *InDret*, Working Paper n.º 98, Barcelona, julio de 2002, p. 3. Para el autor, resulta acertada la decisión del Tribunal Supremo, al resolver que el hecho del deterioro ambiental de aquella zona fuese notorio, no implica aceptación por los vecinos. Estudia este fallo también, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *La tutela civil frente al ruido*, *op. cit.*, p. 68.

dora STSJ Navarra 3 mayo 2004 declara terminantemente que «La preexistencia de una instalación no define sin embargo a perpetuidad el uso de la zona, ni alcanza a imponer a quienes acceden con posterioridad al lugar o su entorno la tolerancia de las inmisiones que siempre ha generado»⁷⁸.

Tampoco la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo –de lo Contencioso-Administrativo– se muestra proclive a aceptar los postulados de esta doctrina de la pre-ocupación, justificando la debida imposición de medidas correctoras a actividades clasificadas. En este sentido, por ejemplo, la STS (Cont.-Adm.) 16 diciembre 1957 rechazó que el vecindario tuviera que soportar por tiempo indefinido los inconvenientes denunciados cuando las industrias estuviesen instaladas y autorizadas con anterioridad (Considerando Segundo)⁷⁹; por otra parte, en el caso enjuiciado por la STS (Cont.-Adm.) 29 julio 1986, acreditado que la industria cuestionada producía ruidos que excedían del nivel máximo autorizado, concluyó que no podía pretenderse que se le exima de la obligación de adoptar las medidas correctoras de insonorización exigibles «por la única razón de que, preexistiendo el ejercicio de su actividad respecto de la construcción de viviendas limítrofes, deben ser los ocupantes de estas quienes las adopten si es que quieren evitar las consiguientes molestias» (FD Tercero)⁸⁰; o la STS (Cont.-Adm.) 1 octubre 1990, que confirmó la decisión de un ayuntamiento de retirar los perros albergados en una propiedad por las molestias irrogadas a los vecinos, así como la correspondiente limpieza y saneamiento, «sin [...] que sea admisible la alegación exculpatoria de que tal actividad ya se venía ejerciendo con anterioridad a la ocupación de las viviendas próximas al lugar donde se desarrolla y que, por consiguiente, sus propietarios u ocupantes ya conocían las molestias que ello les podía originar» (FD Tercero)⁸¹.

⁷⁸ RJ 2004\3724. Sentencia de la que fue ponente uno de los mejores especialistas en materia de Derecho vecinal y medioambiental, el magistrado FERNÁNDEZ URZAINQUI. En el caso de autos en el que, entre otros aspectos muy relevantes, se analiza la cuestión atinente a la prioridad en el uso y su transcendencia, ante las inmisiones procedentes de una granja porcina en viviendas y centros docentes próximos, se estimó la demanda interpuesta y se condena a los demandados a que adopten en la granja porcina de su propiedad las medidas técnicas e higiénico-sanitarias y que eliminen o reduzcan a límites tolerables las inmisiones olorosas que produce la explotación en su entorno, condena que llevará aparejado el cese en la actividad industrial inminente si no se adoptan las medidas oportunas o las adoptadas fueren inoperantes o insuficientes a tal fin. En este caso, se consideró irrelevante el previo establecimiento de la granja responsable, granja situada originariamente cercana al núcleo urbano con natural expansión del mismo hacia ella (cfr., en particular, el FD Quinto, apartado 3, con la rúbrica «La prioridad del uso»).

⁷⁹ RJ 1957\3611.

⁸⁰ RJ 1986\6909.

⁸¹ RJ 1990\7882. Concluye el Tribunal con esta relevante observación «quienes ejercitando [...] su derecho de propiedad, construyen viviendas *donde urbanísticamente*

Finalmente, cumple atemperar el rechazo a la teoría de la pre-ocupación, con la aplicación de principios generales, como el de la buena fe, por ejemplo, y con la apreciación de diversas circunstancias que puedan concurrir en la resolución de los diferentes casos planteados. En efecto, el Tribunal Supremo, aun reafirmandose en su doctrina de que la pre-ocupación no elimina la obligación de indemnizar, reconoce que existen otros factores propiciados por los demandantes perjudicados damnificados que excluyen la reparación, como el situarse en suelo de uso no residencial, así ocurrió en el caso enjuiciado por la sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, STS 12 enero 2011⁸², el Tribunal Supremo concluye en este caso declarando la improcedencia de responsabilidad de las empresas inmitentes no, precisamente, tanto por la pre-existencia de la actividad ejercida en zona urbana industrial a las viviendas construidas, sino, sobre todo, a mi juicio, porque tales viviendas se habían construido en zona no urbanizable: ya que «la decisión libre de vivir en una zona no residencial contigua a la zona industrial [...] obliga a quien adopta esa decisión a soportar las molestias derivadas de la actividad legítima y autorizada de las industrias previamente instaladas en dicha zona industrial»⁸³. Como observa atinadamente Ruda González, al comentar esta Sentencia, «no parece conforme a la buena fe que sea la propia víctima que se ha instalado donde no debía la que pretenda hacer valer su derecho [...] la sentencia implícitamente aplica un criterio de tolerabilidad de las inmisiones conforme a las circunstancias del lugar, y afirma con acierto que quien construye en una zona no residencial contigua a una industria sabe, o debe saber, a qué se expone»⁸⁴.

Considero que esta STS 12 enero 2011 supone un punto de inflexión para la doctrina que sostiene que la pre-ocupación o la preexistencia de la actividad industrial es irrelevante a la hora de apreciar la responsabilidad de las industrias contaminantes, por matizarla o modularla en función de otros elementos concurrentes, como la culpa exclusiva de las víctimas que se instalan en suelo de

pueden hacerlo, no tienen por qué soportar los efectos de algún modo lesivos, derivados de una actividad no autorizada» –la cursiva es añadida–.

⁸² RJ 2011\305. Fallo del que fue ponente uno de los mejores estudiosos de la materia, el magistrado MARÍN CASTÁN. La sentencia tiene por objeto la resolución de un caso de inmisiones por contaminación acústica o ruidos, provenientes de industrias de manipulación, cortado y preparación de mármol en viviendas próximas y en la que se declaró la improcedencia de la responsabilidad de las empresas inmitentes.

⁸³ Precisa el Tribunal que los que adquirieron o construyeron sus viviendas en suelo no urbanizable-común rústico, e incluso uno de ellos en zona industrial, siendo conscientes de su proximidad a las instalaciones industriales y por tanto conociendo, o debiendo conocer, los ruidos, vibraciones u otras molestias que iban a sufrir en virtud de esa situación preexistente, eso determine que el daño no sea indemnizable por no ser antijurídico.

⁸⁴ RUDA GONZÁLEZ, A., «Comentario a la STS 12 enero 2011», *CCJC*. 2012, 88, núm. 2339, p. 232.

uso no residencial, contraviniendo, por lo demás, las exigencias de la buena fe: «[...] una cosa es que la pre-ocupación o preexistencia de la actividad industrial y su autorización administrativa no excluyan la obligación de evitar o reparar el daño que tal actividad cause y otra muy distinta que ambas circunstancias sean irrelevantes a la hora de decidir si procede la evitación o reparación del perjuicio, pues la decisión que se tome nunca podrá prescindir de principios generales como el de la buena fe en las relaciones de vecindad [...], o el de la necesaria relación de causalidad entre la actividad del demandado y el daño que sufra el demandante» (FD Noveno)⁸⁵.

4.2 LA PREVIA AUTORIZACIÓN O LICENCIA ADMINISTRATIVA Y SUS CONSECUENCIAS

Por lo que atañe a la segunda cuestión que se plantea en el epígrafe de este apartado del estudio, es decir, a si la autorización administrativa exime de la obligación de reparar el daño causado, es constante la doctrina jurisprudencial que le da respuesta y considera irrelevante la autorización administrativa para estimar la responsabilidad. Ya la famosísima STS 14 febrero 1944⁸⁶, que consagró la doctrina del abuso del derecho, concluyó que «ni el hecho de que el Consorcio tuviera autorización legal para explotar la extracción de arenas en las playas de Barcelona, ni la circunstancia de que se hubiese creado una junta inspectora del servicio concedido, pueden servir de exculpación a dicho Consorcio de los actos abusivos –culposos y dañinos– que realizó con ocasión de dicha concesión». Destaco la relevancia de la afirmación del Tribunal Supre-

⁸⁵ En parecido sentido y con la misma *ratio*, se pronuncia la STEDH 3 julio 2012 (TEDH 2012\64), cuando se pretendía la violación del artículo 8 del Convenio (derecho al respeto a la vida privada y familiar), por actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas por contaminación acústica e intromisiones de polvo en el domicilio de los demandantes, porque se trataba de una vivienda construida sobre un terreno de uso industrial y no residencial y de una ubicación voluntaria en una situación irregular y que la explotación de la cantera era reglamentaria. Así, como señaló HUALDE MANSO, la calificación y la ubicación de ese terreno marca una utilización determinada: «La zonificación administrativa del terreno marca el “hábito inmisivo” de una parcela geográfica, obviando el momento temporal en que ese hábito y circunstancias se instauraron [...]». HUALDE MANSO, T., «La pre-utilización de los inmuebles y las intromisiones», *op. cit.*

⁸⁶ *RJ* 1944\293. Esta Sentencia del Tribunal Supremo, de la que fue magistrado ponente Don José CASTÁN TOBEÑAS, dictada en un conflicto de naturaleza vecinal, reconoció que la autorización administrativa no eliminaba la responsabilidad en relación a los daños producidos por un Consorcio con ocasión de usar la concesión de extraer arenas de las playas del litoral de San Adrián de Besós en gran volumen, causando graves daños a una Central térmica, extracción de arenas que había sido otorgada al Consorcio con carácter exclusivo por Decreto. Se volverá al estudio de este fallo al tratar del abuso del derecho en el apartado 5.2 de este trabajo.

mo, en la STS 16 enero 1989⁸⁷, en un supuesto de responsabilidad extracontractual como consecuencia de daños producidos por contaminación industrial que, después de afirmar la competencia de la jurisdicción civil, declaró que «el acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados, puesto que si aquellas contemplan intereses públicos sociales, esta resguarda el interés privado exigiendo, en todo caso, el resarcimiento del daño y en su caso la adopción de medidas para evitarlo o ponerle fin» (FD Quinto)⁸⁸. De forma gráfica, Aviñó Berenguer, afirma que la licencia [administrativa] no es una especie de «salvoconducto» que consagre definitivamente la actividad, ya que no asegura que no se puedan causar daños, ni legitima las inmisiones nocivas que puedan derivarse a terceros: «Las licencias [...], no excluyen por sí solas la competencia del orden jurisdiccional civil para el conocimiento de las acciones civiles»⁸⁹.

Con referencia directa al valor de la concesión de licencia municipal para el ejercicio de la actividad industrial como cobertura que habilite legalmente la generación de ruidos, y, por ende, justifique el sacrificio de la intimidad a favor del progreso social, la STS 29 abril 2003, señala, en primer término, que «la autorización administrativa de una industria no es de suyo bastante para entender que fue otorgada ponderando un justo y equitativo equilibrio entre el interés general y los derechos de las afectados, dato esencial para la legitimación de la lesión a la intimidad»; en segundo término, porque, desde la perspectiva del valor y significado del derecho fundamental a la intimidad y tomando en consideración la conocida preexistencia de la vivienda, incumbía tanto a la corporación, como a la propia empresa, la obligación de reducir los ruidos a un nivel soportable o tolerable, circunstancia que evidencia la adecuada imputación a los codemandados por acción y por omisión, en que se fundamentó el fallo judicial (FD Décimo)⁹⁰. Reitera

⁸⁷ *RJ* 1989\101.

⁸⁸ En este sentido, la STS 24 mayo 1993 (*RJ* 1993\3727) estimó la responsabilidad de una empresa contaminante, aunque «[se] hayan respetado los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos». Asimismo, es doctrina reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo la que afirma que «el cumplimiento de formalidades administrativas para la instalación de la industria [o del negocio], no afecta a las consecuencias del mismo en el orden civil» –cfr., las STS de 22 noviembre 1960 (*RJ* 1960\3755), 14 febrero 1989 (*RJ* 1989\834) y 4 marzo 1992 (*RJ* 1992\2163), por ejemplo–.

⁸⁹ AVIÑO BELENGUER, D., «Consecuencias jurídico-privadas en materia de inmisiones de la remisión del artículo 590 del Código civil a las normas ambientales y urbanísticas y de su cumplimiento o incumplimiento», *Actualidad civil* (en línea) –Derechos reales e hipotecario–, núm. 2, 2016.

⁹⁰ *RJ* 2003\3041. En un supuesto de inmisiones sonoras excesivas, apreció una intromisión ilegítima que afectaba al derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabili-

esta doctrina la STS 28 enero 2004, con la afirmación de que «el cumplimiento de la normativa reglamentaria no impide la apreciación de la responsabilidad cuando concurre la realidad del daño causado por la persona física o jurídica, a la que se le demanda el cumplimiento de la obligación de reparar el daño» (FD Quinto)⁹¹. De forma categórica, la STS 31 mayo 2007 declaró que «la autorización administrativa no exime de la obligación de indemnizar, porque autorizar una actividad no equivale necesariamente a imponer a los vecinos el deber jurídico de soportar todo perjuicio, por grave que sea, que tal actividad produzca» (FD Séptimo)⁹². También, la STS 12 enero 2011, señaló que «la autorización administrativa de una actividad industrial no excluye la obligación de reparar el daño que esta cause» (FD Noveno)⁹³.

dad del domicilio, por daños causados al titular de una vivienda, desde que la compró, donde habita y sufre ruidos y vibraciones procedentes de industria, pese a disponer esta de la correspondiente licencia municipal. Obsérvese que a lo largo de esta resolución se hace mención a la vivienda «donde habita», esta apreciación no puede llevar a la errónea consideración de que para tener legitimación activa en las acciones frente a inmisiones nocivas se exija la residencia habitual, ya que, como aclara la STS 12 enero 2011 (*RJ* 2011\305), ante los que cuestionaban la residencia de alguno de los demandantes en las viviendas que padecían las inmisiones: «la acción por inmisiones en una vivienda no está necesariamente supeditada a que tal vivienda sea el lugar de residencia habitual a la que se refiere el artículo 40 CC [...], pues no hay razón alguna para entender que el ordenamiento jurídico impide reaccionar contra inmisiones perjudiciales en viviendas destinadas a segunda residencia». Aunque el ocupar «ocasionalmente la vivienda», debe ponderarse para fijar la cuantía de la indemnización del daño causado por inmisiones –del daño moral en el caso resuelto–, según la STS 26 noviembre 2010 (*RJ* 2011\305), FD Octavo. Asimismo, en las reclamaciones frente a inmisiones ilícitas están legitimados los moradores de inmuebles, sin necesidad de que sean sus titulares, en este sentido, en el caso enjuiciado por la SAP Lugo 11 diciembre 2014 (*JUR* 2015\51475), se declaró que «la condición de legitimados no deriva de su posible titularidad sobre el piso [...], sino por la condición de perjudicados por los ruidos en cuanto moradores del inmueble, condición que está acreditada» (FD Primero).

⁹¹ *RJ* 2004\153. En el caso enjuiciado se reconocieron los daños causados por una intensa contaminación –fluorosis– en cabezas de ganado y se dispuso la obligación de cesar la referida contaminación y de reparar los daños y perjuicios, calificando la responsabilidad de objetiva y aplicando el artículo 1908 CC. Ya la STS 7 abril 1997 (*RJ* 1997\2743) reconoció la insuficiencia del cumplimiento reglamentario para desvirtuar la responsabilidad extracontractual ante los daños en fincas agrícolas por humos y gases expelidos por una fábrica de productos químicos. Como recordó la STS 14 marzo 2005 (*RJ* 2005\2236), en un supuesto de daños derivados de inmisiones industriales, «en la responsabilidad civil, el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no la excluye si se ha producido, como en el presente caso, el daño» (FD Cuarto).

⁹² *RJ* 2007\3431. La Sentencia resuelve un caso de inmisiones acústicas, procedentes de la circulación de trenes por una línea ferroviaria construida entre dos factorías de la empresa siderúrgica demandada. De forma contundente, la SAP Lugo 16 marzo 2016 (AC 2016\602), resolvió que «el otorgamiento de una licencia administrativa para el ejercicio de una actividad y el cumplimiento por su titular de las disposiciones reglamentarias no excluye la posibilidad de una reclamación civil».

⁹³ *RJ* 2011\305. Fallo en el que amén de reiterar esta conocida doctrina de la irrelevancia de la autorización administrativa para exigir la reparación del daño, realiza importantes precisiones para acotar la denominada «doctrina de la pre-ocupación» o uso previo en las inmisiones, como quedó destacado ya en el texto de este mismo apartado del estudio. Cfr., el comentario a esta STS por RUDA GONZÁLEZ, A., «Comentario a la STS 12 enero 2011», *op. cit.*

Por lo demás, el régimen de autorizaciones o licencias administrativas no puede amparar actividades que sacrifiquen el derecho de los vecinos al descanso, compatible, asimismo, con el derecho a la salud y el derecho de los residentes a disfrutar de la intimidad domiciliaria sin inmisiones acústicas perturbadoras, como declaró la significativa STSJ Cataluña (Cont.– Adm.) 14 marzo 2016⁹⁴. Entre los fundamentos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para revocar la licencia municipal estaba la ausencia de carácter « esporádico » de la actividad. En efecto, concluye la Sala que el Festival no podía beneficiarse del régimen de tolerancia acústica previsto en la Ordenanza Municipal, « porque –al menos este Festival– no podía considerarse una actividad *extraordinaria*, al no tratarse de un espectáculo musical *esporádico* »; en consecuencia, se admite el criterio de los recurrentes (los vecinos) de excluir el Festival del régimen de autorizaciones del cual se había venido beneficiando « Lo contrario nos llevaría al absurdo de tener que admitir a priori –incluso en zonas de uso residencial significativo–, la posibilidad de un número repetitivo e indeterminado de eventos musicales de características análogas a las del Festival [...] »; además, para la Sala, « a pesar de que el Festival fuera coincidente con fechas o vigiliass festivas, el grado de contaminación acústica tolerado por la licencia municipal, en ningún caso podía considerarse admisible por los usos sociales mayoritarios; por cuanto estos usos pueden –pongamos como ejemplo– hacer asumibles molestias derivadas de un número muy limitado de fiestas populares » (cfr., el FD Quinto)⁹⁵.

En fin, la defensa que se hace en este estudio, con fundamento, sobre todo, jurisprudencial, de que la autorización administrativa previa no excluye la obligación de indemnizar ni de adoptar las medidas apropiadas para evitar el daño, tiene su apoyo legal en el apartado 5 del artículo 546-14 del Código civil de Cataluña –en

⁹⁴ JUR 2016\81258. El supuesto de hecho gira en torno a las inmisiones provocadas por los Festivales musicales de Vilanova i la Geltrú, inmisiones padecidas por propietarios de viviendas colindantes a la playa del llamado « Molí de Mar », en dicha localidad barcelonesa, debido a unos festivales que se venían celebrando, cada año, en sucesivos fines de semana del mes de julio. Cfr., el comentario a esta Sentencia por MARTÍ MARTÍ, J., « Inmisiones sonoras derivadas de conciertos y festivales musicales. Prevalencia del derecho al descanso y de la inviolabilidad del domicilio », *Diario La Ley*, núm. 8749, Sección Tribuna. 26 de abril de 2016, Ref. D-175, Editorial La Ley (en línea). Para el autor, no puede atentarse contra los derechos de propiedad, a la integridad personal y patrimonial e incluso a la salud, con actividades que generan ruidos muy por encima de los límites permitidos « Los Ayuntamientos deben dejar de hacer prevalecer el cobro de las tasas municipales de las Licencias, tanto de actividades como de ocupación de la vía pública, frente al descanso de los vecinos ».

⁹⁵ La Sentencia del TSJ de Catalunya estima la demanda de los residentes y declara nula la licencia administrativa concedida en el año 2011 a los organizadores del Festival; asimismo, reconoce a los actores el derecho a percibir una indemnización de 3000 € y condena al Ayuntamiento a estar y pasar por lo acordado.

concreto, en el Libro Quinto, relativo a los Derechos reales [Ley 5/2006, de 10 de mayo]–, a cuyo tenor «Las inmisiones sustanciales que provienen de instalaciones autorizadas administrativamente facultan a los propietarios vecinos afectados para solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar las consecuencias dañosas y para solicitar la indemnización por los daños producidos. Si las consecuencias no pueden evitarse de esta forma, los propietarios tienen derecho a una compensación económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los daños que puedan producirse en el futuro»⁹⁶.

5. LOS REMEDIOS DEL DERECHO CIVIL FRENTE A LAS INMISIONES

Como reconoció Bonfante, consideraciones que comparto, el examen de las relaciones de vecindad quedaría incompleto si, además del punto de vista de la violación de los confines y de la acción negatoria, no estudiásemos el aspecto del daño y de la acción de resarcimiento. En efecto, declara que los casos de daño y resarcimiento comprenden un campo más extenso que los casos de acción negatoria; por consiguiente, si la inmisión o la actividad son de naturaleza permanente tendremos acción negatoria y acción de daño, por tal razón concluye que en un mismo juicio se podrá pedir que cese la perturbación y que sean resarcidos los daños causados⁹⁷.

En relación al problema de las inmisiones por humos, gases o emanaciones tóxicas y el resarcimiento de los daños causados por la «inmissio in alienum», concreto aspecto de las relaciones de vecindad, si bien nuestro Código civil no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina de la Sala civil del Tribunal Supremo y la científica entienden que puede ser inferida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el artículo 1902 CC y por generalización analógica de los artículos 590 y 1908 CC, «pues regla fundamental es que la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina»⁹⁸.

⁹⁶ Obsérvese como el artículo 546-14, aun regulando las «inmisiones legítimas», prevé, en el apartado 5, incluso, si las inmisiones sustanciales provienen de instalaciones «autorizadas administrativamente», tanto la adopción de medidas para evitar consecuencias dañosas como la indemnización por los daños producidos o, en su caso, una compensación económica.

⁹⁷ BONFANTE, P., *Las relaciones de vecindad* –Traducción, prólogo, concordancias y apéndice de Alfonso GARCÍA VALDECASAS–, primera edición, Reus, Madrid, 1932, p. 70.

⁹⁸ Cfr., sobre todo, las STS de la Sala Primera, de 17 febrero 1968 (RJ 1968\1111), 12 diciembre 1980 (RJ 1980\4747), 31 mayo 2007 (RJ 2007\3431), 12 enero 2011

5.1 ACCIONES DE CESACIÓN Y ABSTENCIÓN DE INMISIONES: ESPECIAL ATENCIÓN A LA ACCIÓN NEGATORIA

En este apartado, me referiré genéricamente a las acciones de cesación y abstención, con particular consideración de la acción negatoria⁹⁹. Las acciones de cesación, tal y como se configuran en este apartado, constituyen remedios autónomos frente a las inmisiones dañosas; sin embargo, no se descuidará el estudio de las medidas de prevención en evitación de ulteriores lesiones patrimoniales, complemento de la responsabilidad por daño extracontractual (*ex arts. 1902 ss. CC*)¹⁰⁰. Como recuerda Díez-Picazo, al estudiar el Derecho de vecindad y, en particular, las inmisiones *in alienum*, el propietario dispone de una acción de cesación y puede, además, cuando la cesación no se produzca tras haber sido requerida por él, solicitar indemnización de daños y perjuicios, «pues las normas relativas a las inmisiones se encuentran próximas a las relativas a la responsabilidad civil extracontractual»¹⁰¹.

Si bien la tradición jurídica romanista concibió la acción negatoria como un medio defensivo de la libertad y plenitud del dominio frente a quien afirmara su limitación o gravamen por un derecho real, normalmente de servidumbre¹⁰², la aparición por efecto

(RJ 2011\305), entre otras muchas. También, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, reconocen, en relación a los artículos 590 y 1908 CC que «ambos preceptos se complementan». PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., Traducción al español con anotaciones a la obra de ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 358.

⁹⁹ Acción negatoria, que, según la SAP Barcelona 9 febrero 2012 (AC 2012\1396), «tiene naturaleza real y deriva de las relaciones de vecindad, por lo que hay que excluir el fundamento extracontractual» (FD Primero). Recuerda D' ORS que, en Derecho romano, el propietario dispone de una serie de acciones reales cuyo fin es negar la existencia de derechos limitativos de la propiedad y que la doctrina escolástica oriental reúne bajo el nombre genérico de *negatoria* «servían para que el juez declarara la libertad de la cosa respecto al adversario y exigiera la reposición, en su caso, de la situación anterior a la perturbación producida por el adversario y una caución de garantía contra futuras perturbaciones (la llamada «cautio de non amplius turbando»)». ORS, Á. D', *Derecho privado romano* (décima edición), *op. cit.*, § 153. Contempla el Digesto el caso siguiente: un vecino había hecho un estercolero junto a la pared con el vecino, a causa de lo cual esta se humedecía. Se consultaba de qué modo podría obligar al vecino a que quitase el estercolero. Se respondió que «Si se hubiese hecho esto en un lugar público, podía ser obligado a quitarlo por medio de un interdicto, pero que habiéndolo hecho en privado debía reclamar con una acción negatoria de servidumbre, y que si se hubiese estipulado sobre el daño temido, podía resarcirse en virtud de esta estipulación si aquello le causó algún daño». Sobre esta cuestión, *cfr.*, HUALDE MANSO, M.^a T., «La caución por el daño temido de la Ley 351.2 del Fuero Nuevo», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 37, 2004, pp. 45-74.

¹⁰⁰ Cuestión de la que se ocupa el apartado 5.6. de este estudio.

¹⁰¹ Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, *op. cit.*, p. 243.

¹⁰² Aunque debe insistirse, como hace DÍAZ ROMERO, en la diferencia entre las inmisiones y las servidumbres, ya que la inmisión se considera como una limitación del derecho de propiedad y trata de garantizar, a diferencia de las servidumbres, de forma igualitaria, la efectividad de los derechos de los propietarios vecinos, limitando ciertos usos molestos o nocivos, para coordinar los intereses en beneficio mutuo

de la industrialización de nuevos usos y actividades con amplia proyección externa y la creciente preocupación por la calidad de vida, han terminado por dar paso a una concepción más amplia y actualizada de esta acción, considerada en general apta para reprimir, junto con las perturbaciones pretendidamente amparadas en un derecho real, las perturbaciones de hecho e inmisiones en el goce de la propiedad que rebasan los límites de la normal tolerancia¹⁰³. La doctrina reconoce dos vertientes de la acción negatoria, a saber: en primer lugar, es una *acción de cesación*, acción del propietario para hacer cesar las perturbaciones ilegítimas y en segundo término, es una *acción de abstención*, pues el propietario también tiene acción para exigir la abstención de otras actividades futuras y previsibles del mismo género; así distinguen la acción de cesación de la de responsabilidad civil con la que a veces se confunde, ya que la acción de cesación se dirige a conseguir el *contrarius actus* de la perturbación, en cambio, la acción de responsabilidad civil es una *acción indemnizatoria*, se encamina a obtener el resarcimiento del daño; la acción de abstención, que es la segunda faceta de la

y sin beneficiar a ninguna finca en concreto en perjuicio de otra, como ocurre con las servidumbres. DÍAZ ROMERO, M.^a del R., «Inmisiones en el Derecho de propiedad y acción negatoria (Comentario a la STSJ Cataluña 17 febrero 2000 (RJ 2000, 8160))», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 9, 2002-2, pp. 423 y 424. En la Sentencia que comenta, STSJ Cataluña 17 febrero 2000 (RJ 2000\8160), se insiste en la distinción entre inmisión y servidumbre, así el Tribunal considera que «las inmisiones implican una injerencia o una intromisión indirecta sobre la finca del vecino, que se produce a consecuencia de una actividad del propietario en ejercicio de sus facultades dominicales, que comporta que se introducen en la finca vecina sustancias corpóreas o incorporales como consecuencia de su propia actividad, pero el concepto de inmisión no es extensivo a injerencias directas o por actos materiales, que son constitutivos de servidumbres» (FD Segundo), asumiendo la doctrina de la STSJ Cataluña 26 marzo 1994 (RJ 1994\4591). También, EVANGELIO LLORCA distingue entre relaciones de vecindad, que se incluyen en la categoría de los límites del derecho de propiedad y las servidumbres, que se integran en la de las limitaciones; asimismo, no cree, con razón, que sea el derecho de propiedad el único sujeto a los límites, sino todos los derechos reales de uso y disfrute sobre bienes inmuebles. EVANGELIO LLORCA, R., *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad (Aspectos civiles, administrativos y urbanísticos)*, Comares, Granada. 2000, pp. 12 y 13, en especial.

¹⁰³ Cfr., las consideraciones al respecto por la STSJ Navarra 3 mayo 2004 (RJ 2004\3724), FD Séptimo. En relación a esta Sentencia, cfr., HUALDE MANSO, M.^a T., «Inmisiones provocadas por establecimientos industriales autorizados (Comentario a la sentencia del T. S. J. de Navarra, de 3 de mayo de 2004)», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 39, 2005, pp. 177-192. Ya en 2001 pronostiqué esta nueva perspectiva de la acción negatoria: NIETO ALONSO, A., «La acción negatoria como posible cauce civil para la tutela del medio ambiente», *Actualidad Civil*. 2001, t. IV, pp. 1591-1630. Asimismo, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, reconoció que la acción negatoria se encontraba entre las acciones que «de manera indirecta» protegen al medio ambiente y propone ejercitar, entre otras, la acción negatoria «para lograr la reintegración de los derechos, aun cuando no se haya producido todavía el daño pero se tema racionalmente su producción». DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente», *Revista Jurídica Española La Ley*. 1996, t. 5, p. 1420.

acción negatoria, se dirige, según esta doctrina, a evitar un riesgo: el de producción o repetición de perturbaciones futuras¹⁰⁴.

Fuera del ámbito de la Ley de Propiedad Horizontal¹⁰⁵, no existe una regulación legal de las acciones de cesación en general¹⁰⁶, ni de la acción negatoria, en particular, salvo en el Derecho civil de Cataluña. En efecto, el Código civil de Cataluña la regula en el Libro Quinto, relativo a los Derechos reales¹⁰⁷, la acción negatoria aquí, presenta una doble configuración: en primer lugar, es una acción de cesación de las perturbaciones efectivas, con la correlativa obligación de restablecer las cosas a su estado anterior (cfr., el art. 544-6.1), además, también puede plantearse exclusivamente como una acción de abstención de las perturbaciones futuras y previsibles, porque el artículo 544-4 permite, tanto a los propietarios de una finca como a los titulares de derechos reales limitados que comporten posesión, poner fin a las perturbaciones e inmisiones ilegítimas, así como a exigir que no se produzcan perturbaciones futuras y previsibles del mismo género¹⁰⁸. Por lo que respecta al contenido de esta acción, se configura de forma muy amplia y comprende una completa fórmula indemnizatoria, en el artículo 544-6; así, después de declarar que la acción negatoria tiene por objeto «la protección de la libertad del dominio de los inmuebles y el restablecimiento de la cosa al estado anterior a la perturbación jurídica o material» (apartado 1); en el ejercicio de

¹⁰⁴ Además, se precisa que como todo riesgo ha de ser valorado por el juez en términos objetivos, de *probabilidad*, sin que sean relevantes los criterios personales, subjetivos, por estar en Derecho de cosas, «la acción negatoria tutela la propiedad y no la particular psicología de cada propietario». En este sentido, se pronuncian, SALVADOR CODERCH, P. y SANTDÍUMENGE FARRÉ, J., «La acción negatoria (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1987)», *Poder Judicial*, núm. 10, 1988, pp. 121-124.

¹⁰⁵ La acción de cesación del artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, se desarrolla en este estudio, en el epígrafe 6.1.

¹⁰⁶ Por lo demás, la Ley de Enjuiciamiento Civil, si prevé, como medidas cautelares, entre otras y para lo que aquí interesa: «La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo» (art. 727.7.ª).

¹⁰⁷ En el Derecho civil de Cataluña, la acción negatoria se regula por primera vez en la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, que incluía en el mismo Capítulo I la regulación de la acción negatoria y de las inmisiones. Paralelamente, hoy el CC de Cataluña, en el citado Libro Quinto, regula la acción negatoria en el Capítulo IV (*Protección del Derecho de propiedad*), en la Subsección 1.ª de la Sección Segunda –artículos 544-4 a 544-7– y dedica a las inmisiones una regulación separada, en el Capítulo VI (*Relaciones de vecindad*), en la Sección 3.ª –artículos 546-13 y 546-14–.

¹⁰⁸ Sin embargo, se excluye esta acción real, si tales perturbaciones o inmisiones no perjudican ningún interés legítimo de los propietarios en su propiedad y también se excluye si los propietarios deben soportar la perturbación por disposición del CC Cataluña o por negocio jurídico (cfr., el art. 544-5.1 y 2 CC Cat.). En cuanto a la prescripción de la acción negatoria, se regula en el artículo 544-7, que se traerá a colación en el apartado 5.8., al referirme en general el plazo de prescripción de acciones, tendentes a la defensa frente a las inmisiones vecinales, allí me remito.

la acción negatoria permite la reclamación, por una parte para «la cesación de la perturbación» y por otra, «la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios producidos» (apartado 2). Finalmente, el precepto dispone que «en el ejercicio de la acción negatoria no es preciso que los actores prueben la ilegitimidad de la perturbación» (apartado 3), aunque, como aclara la SAP Barcelona 9 febrero 2012, el apartado 3 del artículo 544-6 «exime de la prueba de la ilegitimidad de la perturbación, pero no de la prueba de que la causa de los perjuicios se halla en dicha perturbación» (FD Primero)¹⁰⁹.

Desde el punto de vista de la acción negatoria como remedio apto frente a las inmisiones medioambientales, la relevante STSJ Navarra 3 mayo 2004¹¹⁰, conecta las acciones negatoria y de cesación y recuerda que el objeto principal de esta acción es la eliminación o cesación de las inmisiones que sobrepasan los límites de la tolerancia debida por razón de vecindad y la abstención de su sucesiva producción, si bien el cese ha de entenderse prioritariamente referido a las propias inmisiones, a fin de suprimirlas y reconducirlas a los límites de la tolerancia, mediante «la adopción de las oportunas medidas correctoras y solo de manera residual a la actividad que las genera», para el caso de no adoptarse las medidas precisas o revelarse su aplicación inoperante o incapaz de contenerlas. En efecto, en numerosas ocasiones resulta preferible la adopción de medidas precautorias que el cese de una determinada actividad que, por lo demás, puede ser beneficiosa para el progreso socio económico; así lo entendió Egea Fernández, que, al estudiar pormenorizadamente la acción negatoria, después de manifestar que en una sociedad industrializada y en la que al mismo tiempo se producen unas mayores exigencias de los ciudadanos respecto de la calidad de vida, la acción negatoria «estaba llamada a desempeñar un papel muy destacado, puesto que el desarrollo tecnológico va indisolublemente unido a la producción de inmisiones de todo tipo», reconoció que si se hubiera entendido que era procedente el ejercicio de la acción negatoria para conseguir el cierre de las instalaciones industriales que provocaban injerencias perjudiciales (además de la indemnización por daños), el proceso industrial se hubiese visto, a su vez, completamente paralizado¹¹¹.

¹⁰⁹ AC 2012\1396. En el caso enjuiciado, se estimó la procedencia del ejercicio de la acción negatoria y se declaró la obligación de cesar en las perturbaciones e inmisiones que producen humedades y por falta de poda de los árboles de la finca vecina, con aplicación de los artículos 544-4 y 544-6 CC Cat.

¹¹⁰ RJ 2004\3724.

¹¹¹ EGEA FERNÁNDEZ, J., *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, *op. cit.*, p. 16.

De nuevo, en relación a esta significativa STSJ Navarra 3 mayo 2004, que, como se acaba de observar, reaccionó frente a inmisiones medioambientales con la acción de cesación y negatoria y resolvió un caso de inmisiones procedentes de una granja porcina en viviendas y centros docentes próximos; en la demanda rectora del proceso ejercitan sus promotores una acción negatoria de las referidas inmisiones dirigidas a su cesación, con carácter principal, mediante la adopción de las medidas correctoras oportunas y, subsidiariamente, si no se adoptaran o tal corrección no fuera posible, mediante el cese de la actividad que las produce¹¹². También, en otro caso de inmisiones procedentes de una granja porcina, destaca la STS 30 mayo 1997, que, tras señalar que la defensa de los derechos privados «no queda en ocasiones agotada con medidas puramente cautelares, de prevención o corrección, sino que existen supuestos en los que la cesación del daño o perjuicio solo se consigue con el cese o fin de la actividad» (FD Segundo)¹¹³.

Como reconoce la mejor doctrina al respecto, encabezada por Fernández Urzainqui, aunque es sin duda la acción negatoria la más característica de las acciones dirigidas a obtener el cese de la inmisión perturbadora iniciada y la prohibición de su reproducción o reiteración en el futuro, es preferible la referencia genérica a las «acciones de cesación y abstención», que libres de la asociación a la defensa del derecho de propiedad, pueden hacer valer otros perjudicados por las inmisiones sin necesaria vinculación jurídica real al inmueble en que se padecen¹¹⁴. En esta línea, de no reducir el posible contenido de la acción negatoria, sobresale el Código civil de Cataluña, al permitir reclamar en el ejercicio de la acción negatoria, además de la cesación de la perturbación, la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios producidos (art. 544-6)¹¹⁵.

¹¹² En efecto, procedió la acción de cesación, por haberse omitido las medidas higiénico-sanitarias de preceptiva observancia, ya que se producían perturbaciones y molestias incompatibles con las necesidades y exigencias de salubridad, habitabilidad y calidad medioambiental inherentes al uso residencial del entorno que las padecía.

¹¹³ *RJ* 1997/4331. Casa la sentencia recurrida, que impuso la directa clausura de la granja, considerando esta medida «drástica y desproporcionada e innecesaria, pues se podía haber ordenado que se acudiese a “los medios que la técnica imponga para eliminar inmisiones”, lo que sí es competencia de la jurisdicción civil, ordenando las medidas correctoras procedentes para eliminar las inmisiones» (FD Segundo), dado que los avances de la técnica permiten evitar las inmisiones sin suprimir la industria y poseen la efectividad de aquella y pospone la efectividad de tal medida al transcurso de seis meses sin que se acredite el cese de las inmisiones denunciadas. Se remite, además, el Tribunal al artículo 590 CC cuando señala que «se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias [...] a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos», lo que no supone, dice, «eliminar la actividad, sino adoptar “precauciones” para evitar el daño» (FD Tercero).

¹¹⁴ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *La tutela civil frente al ruido*, *op. cit.*, p. 124.

¹¹⁵ También, la Ley de Propiedad Horizontal, en el artículo 7.2.5.º, permite al juez, en caso de que el propietario o el ocupante del piso o local realicen actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, si la sentencia fuese estimatoria, disponer, en función de

5.2 LA PRETENSIÓN RESARCITORIA POR DAÑOS MEDIOAMBIENTALES ENMARCADA EN EL EJERCICIO DE UNA ACCIÓN INDEMNIZATORIA POR ABUSO DEL DERECHO (EX ARTÍCULO 7.2 CC)

Uno de los remedios más efectivos frente a las inmisiones, aunque con carácter extraordinario y de índole excepcional¹¹⁶, es el recurso al abuso del derecho (*ex art. 7.2 del Código civil*)¹¹⁷. Además, la pertinencia de acudir a la técnica del abuso del derecho, la pone de manifiesto la mejor doctrina civilista, así, como observó Don Federico De Castro y Bravo, con fundamento en los casos resueltos por el Tribunal Supremo, la figura del abuso del derecho ha venido utilizándose como corrector del estrechamiento que, en la doctrina (de los autores y de los tribunales), sufre la interpretación de las disposiciones sobre culpa o negligencia extracontractual (art. 1902 CC) y contractual (art. 1101 CC)¹¹⁸. Expediente que, como el recurso a la «fides», la mala fe, el daño moral, el «venire contra factum proprium», entre nosotros, la «Verwirkung» alemana y el «stoppel» británico, «presta agilidad a la función judi-

la gravedad, «además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local [...]». Asimismo, el artículo 553-40 CC Cat., en relación al régimen jurídico de la propiedad horizontal, prevé, además del cese de la actividad prohibida, la indemnización, como se verá al estudiar la cuestión en el epígrafe 6.1 de este estudio.

¹¹⁶ En este sentido, cfr., las STS de 21 septiembre 2007 (RJ 2007\5079) y de 20 junio 2008 (RJ 2008\4263).

¹¹⁷ Como recuerda MACÍAS CASTILLO, la noción de abuso parece consustancial a la propia idea de inmisión, por cuanto desde el preciso instante en que la misma excede de la normal tolerancia se está constatando un manifiesto abuso en el ejercicio de un derecho. MACÍAS CASTILLO, A., *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Madrid, 2004, p. 103.

¹¹⁸ Como recuerda PARRA LUCÁN, con anterioridad a la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974 –en la que se introdujo el artículo 7.2 CC con la condena explícita del abuso en el ejercicio de los derechos–, «la jurisprudencia venía admitiendo que la interpretación del artículo 1902 permitía incluir en él la teoría del abuso del derecho»; la autora, después de un análisis jurisprudencial de la cuestión, admite que ya que el Tribunal Supremo en numerosos supuestos admite que «ilicitud equivale a culpa» y que, por tanto, un acto ilícito puede ser culposo, «ya no es preciso acudir a la teoría del abuso del derecho». PARRA LUCÁN, M.ª A., *La protección al medio ambiente, op. cit.*, p. 120. En este sentido, obsérvese como MARTÍN BERNAL, advierte como el artículo 1902 CC, al establecer el principio «fundamentalísimo» de que quien por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado, «sin precisar de modo estricto que esa acción u omisión sea contraria a la Ley o extraña a la esfera del Derecho, permite, con una interpretación amplia que pueda alcanzar esta responsabilidad a los actos u omisiones realizadas en el ejercicio abusivo de los derechos». MARTÍN BERNAL, J. M., *El abuso del Derecho (Exposición, descripción y valoración del mismo)*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982, p. 104. Sin embargo, no convengo con estas opiniones porque estimo que la doctrina del abuso del derecho tiene un campo muy concreto de aplicación, centrado, en esencia, en las conductas que «sobrepasan manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho» (*ex art. 7.2 CC*) y que, precisamente, en el ámbito concreto que es objeto del presente estudio, el Derecho vecinal, adquiere protagonismo especial.

cial, ensanchando en lo conveniente su arbitrio»¹¹⁹. Por lo demás, invocan preferentemente la doctrina del abuso del derecho para resolver los conflictos vecinales, Díez-Picazo y Gullón, cuando puntualizan que «A falta de criterio específico, la cuestión debe resolverse ante todo con la aplicación de la doctrina del abuso del derecho», porque «un uso anormal o excesivo del derecho de propiedad no tenga que ser soportado y el límite lo mismo podrá venir dado por la norma jurídica o por las costumbres o por el criterio de la tolerancia normal, es decir, por lo que normalmente es consentido por la conciencia social, o, en fin, por la forma en que debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes»¹²⁰. Por otra parte, Roca Juan, consideró al límite del abuso del derecho como «un primer apoyo para la protección del interés privado, en vía preventiva y ante la jurisdicción civil, frente a las agresiones del ambiente realizadas tras el parapeto reglamentario»¹²¹.

La recepción de la teoría del abuso del derecho fue preparada por la doctrina de los autores, especialmente desde la tesis doctoral de Calvo Sotelo¹²² y consagrada por la fundamental STS (de la Sala Primera, de lo civil) 14 febrero 1944, dictada en un juicio de carácter vecinal¹²³. El Tribunal Supremo concluyó en este fallo que los derechos subjetivos, «aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social» y llegó a la conclusión de que «incurrir 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 daño para terceros o para la sociedad». A continuación, el Tribunal Supremo en ese fallo de 1944 perfila el concepto del abuso del derecho, con-

¹¹⁹ CASTRO Y BRAVO, F. DE, *Temas de Derecho civil*, Ed. Marisal, Madrid. 1972, pp. 142 y 143. En similar sentido, Díez-Picazo y Gullón, apreciaron que «una de las ventajas que puede suponer esa formulación abierta del abuso del derecho es que el juez no se ve constreñido por la teoría del uso o de la tolerancia». Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. III (t. I). *Derechos Reales en general* (octava ed.), Tecnos, Madrid. 2012, p. 149.

¹²⁰ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. III (t. I), *ibidem*.

¹²¹ ROCA JUAN, J., «Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho Civil y Medio Ambiente)», *ADC*. 1986, t. XXXIX, fasc. III, p. 780.

¹²² CALVO SOTELO, J., *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid. 1917.

¹²³ *RJ* 1944\293. El magistrado ponente de la Sentencia fue Don José CASTÁN TOBEÑAS. Los hechos fueron los siguientes: el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona tenía la concesión exclusiva de la extracción de arena de las playas del litoral de San Adrián de Besós; la Compañía Catalana de Gas y Electricidad tenía una central eléctrica fronterera a la playa en la que el Consorcio realizaba la extracción de arena; esta extracción por su volumen y procedimiento, disminuye la playa y produce la desaparición de las defensas naturales contra las avenidas del río, en la desembocadura del cual está la central eléctrica, a la que unos temporales, como consecuencia de todo lo anterior, causan importantes daños. La Compañía pide indemnización al Consorcio. La Audiencia estima la demanda y el Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación interpuesto.

siderándolo integrado por estos elementos esenciales: a) uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho) –Considerando Tercero–¹²⁴.

Sin duda alguna, este famosísimo fallo jurisprudencial de 1944 ejerció marcada influencia en la redacción del texto del artículo 7.2 del Código civil, que, con una fórmula de alcance general reprueba «el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo» y como consecuencia establece que «Todo acto u omisión 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, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso»¹²⁵. En relación a este precepto, Hernández Gil reconoció que «no es una improvisación legislativa, sino la condensación final de una larga trayectoria demostrativa de que el estricto derecho cede ante categorías conformadoras de la conducta de tan profundas raíces humanas como la moral, la equidad y la buena fe»¹²⁶. En otro lugar, el mismo autor admite que «La mayor novedad del régimen del abuso del derecho, tal y como lo configura el Código civil, radica en que

¹²⁴ Ya CALVO SOTELO había considerado como elementos esenciales para que se produjese el abuso del derecho. 1) uso de un derecho. 2) daño a un interés sin lesionar otro derecho específico y 3) inmoralidad del daño y concluyó que será abuso del derecho «el uso de un derecho, objetivamente legal, que ocasiona un daño en forma inmoral o antisocial». CALVO SOTELO, J., *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, op. cit., pp. 129 y 130.

¹²⁵ Como principio de carácter general, el concepto de abuso del derecho tuvo entrada en nuestro ordenamiento jurídico con ocasión de la reforma del Título Preliminar del Código civil operada por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y su Texto Articulado aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974. Recuerda la STS 15 septiembre 2015 (RJ 2015\4346), que la jurisprudencia posterior a la reforma de 1974 ha conformado un cuerpo doctrinal al exigir para su apreciación la concurrencia de determinados requisitos: unos de “carácter objetivo”, el exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho y otros de “carácter subjetivo”, la intención de perjudicar o la falta de finalidad seria, la inmoralidad y la antisocialidad del daño; afirma en esta Sentencia el Tribunal Supremo que «Como criterio general, quien ejercita un derecho subjetivo, sea de la naturaleza que fuere, no ocasiona daño según el principio “neminem laedit qui suo iure utitur” (el que ejercita su derecho no daña a nadie), o en otras palabras, no causa daño injusto, sino tolerado por el ordenamiento jurídico» (FD Quinto). Adviértase como en el Derecho civil navarro, esa regla de la normalidad en el ejercicio de un derecho, recogida en el artículo 7.2 CC, según la STSJ Navarra 3 mayo 2004 (RJ 2004\3724): se halla «implícita o embebida esa regla de normalidad en la del “uso razonable” a que explícitamente se remite la ley 367 del Fuero Nuevo de Navarra» (FD Quinto).

¹²⁶ HERNÁNDEZ GIL, A., «Prólogo» a la monografía de MARTÍN BERNAL, J. M., *El abuso del Derecho (Exposición, descripción y valoración del mismo)*, op. cit., pp. 10 y 11.

la consecuencia no es únicamente indemnizatoria, ya que también procede «la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso» y concluye que «desde el punto de vista de las relaciones de vecindad, es muy importante que sea posible no solo la indemnización del daño causado por el abuso, sino evitar el abuso y, como consecuencia, el daño, lo que supone el mantenimiento, con el amparo administrativo o con el judicial (este siempre en último término) de una situación limitativa del ejercicio del derecho»¹²⁷.

Finalmente, en relación a los efectos del ejercicio abusivo del derecho como señaló De Castro, «En abstracto, la declaración de abusivo, respecto al ejercicio de un derecho, supone la tacha de ilicitud, la que acarrea, según los supuestos concretos, que se decreta el cese de su ejercicio, la declaración de ineficacia del ejercicio de la acción, la remoción de las situaciones creadas por tal ejercicio, y, en caso de haber ocasionado daños y perjuicios, la correspondiente indemnización»¹²⁸. Y ya, en particular, en materia de relaciones vecinales, se han considerado supuestos de abuso de derecho aquellos en que se había incurrido en culpa o negligencia extracontractual, como en el caso ya citado y resuelto por la paradigmática STS 14 febrero 1944, por la extracción dañosa de arena; supuesto muy similar al enjuiciado por la STS 30 octubre 1963¹²⁹, que ante los daños ocasionados por una fábrica, al carecer del debido sistema de depuración de gases, apreció la responsabilidad objetiva. En uno y en otro caso, hay condena a la correspondiente indemnización y en la segunda Sentencia citada, además, a la instalación de elementos para que los gases no perjudiquen¹³⁰. También, el Tribunal Supremo en la STS 3 diciembre 1987, se refirió a la posibilidad de aplicar la doctrina del abuso del derecho a los conflictos vecinales y recordó que el ordenamiento jurídico privado puede y debe intervenir «en cuantos problemas y conflictos se originen en el ámbito de las relaciones de vecindad en supuestos [...] que impliquen un abuso del derecho o el ejercicio antiso-

¹²⁷ HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas* (t. IV) *Derechos reales. Derecho de sucesiones*, Espasa-Calpe, Madrid, 1989, p. 125. Cfr., además, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral», en FRANCISCO MARÍN CASTÁN (Dir.), *Protección del Derecho de propiedad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 168 y 169.

¹²⁸ CASTRO Y BRAVO, F. DE, *Temas de Derecho civil, op. cit.*, pp. 141 y 142.

¹²⁹ RJ 1963\4231.

¹³⁰ Respecto a la culpa contractual (*ex art. 1101 CC*), la STS 23 enero 1964 (RJ 1964\239) estimó que existía «finalidad abusiva» en la denuncia por quien contrató [arrendamiento] a favor de otro la explotación de una cantera, por su cercanía a un edificio de su misma propiedad (que origina su clausura por la autoridad), visto que la denuncia encubre el propósito de obstaculizar y provocar la extinción de la relación contractual, lo que originó la correspondiente indemnización.

cial del mismo» (FD Segundo)¹³¹. En fin, aun observando que el Tribunal Supremo no dejó de aplicar la doctrina del abuso del derecho a conflictos vecinales, como ocurrió en la famosa STS de 1944 y en la STS 3 diciembre 1987, que se acaba de citar, sin perjuicio de la contundencia de la STS 31 mayo 2007, que recordó como frente a las inmisiones las pretensiones indemnizatorias de los particulares también pueden tener su base en la aplicación de «los principios de prohibición del abuso del derecho y de los actos de emulación» (FD Tercero)¹³², existe alguna jurisprudencia aislada que rechazó su aplicación, criterio que no comparto, por ejemplo, la STS 14 marzo 2005, al afirmar que «es impensable el abuso del derecho en cuestiones de medio ambiente en que la sociedad, en abstracto y el ciudadano en concreto, tienen derecho constitucional a su protección» (FD Cuarto)¹³³.

5.3 LAS ACCIONES DE RESARCIMIENTO DEL DAÑO DERIVADO DE LAS RELACIONES DE VECINDAD Y LA ADOPCIÓN DE PRECAUCIONES EN EVITACIÓN DEL DAÑO (EX ARTÍCULOS 1902, 1903 Y 1908 CC)

En principio, los daños originados por inmisiones que provienen de los inmuebles vecinos deben ser soportados si no exceden de la normal tolerabilidad¹³⁴. Este criterio queda sujeto a la apreciación

¹³¹ *RJ* 1987\9176. En este caso se estimó el deber de indemnizar y de adoptar otras medidas para evitar el daño, ante lo que se consideró contaminación del medio ambiente por una empresa industrial que causó humos, ruidos y vibraciones que ocasionaron daños a particulares. Al comentar esta Sentencia, ALONSO PÉREZ, observó como el abuso del derecho es una categoría más amplia, referida al ejercicio extralimitado o antisocial de un derecho subjetivo con daño para terceros: «Las relaciones de vecindad se mueven en un ámbito más reducido, en cuanto los titulares de determinados derechos patrimoniales –los reales, en particular y el derecho de propiedad ante todo– pueden verse afectados por inmisiones molestas, nocivas y altamente peligrosas». ALONSO PÉREZ, M., «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1987», *CCJC*, 15, núm. 407, 1987, p. 5268.

¹³² *RJ* 2007\3431. Sobre daños derivados de inmisiones ilícitas.

¹³³ *RJ* 2005\2236. En un supuesto de daños derivados de inmisiones industriales en el que se apreció la agresión al medio ambiente y procedió la responsabilidad extracontractual objetiva, con fundamento en el artículo 1908.2.º CC. Por lo demás, como se ha visto, la doctrina científica no duda de la aplicación de la doctrina del abuso del derecho a los conflictos medioambientales, así, ALONSO PÉREZ, recordó que en el ordenamiento jurídico español, las relaciones de vecindad, tienen su cauce también en «la fórmula general prohibitiva del abuso del derecho tal como se refleja en el artículo 7.2.º CC». ALONSO PÉREZ, M., «Las relaciones de vecindad», *op. cit.*, p. 391; asimismo, PARRA LUCÁN, analiza pormenorizadamente el abuso del derecho causado por inmisiones dañosas a través de la jurisprudencia al respecto, PARRA LUCÁN, M.ª Á., *La protección al medio ambiente*, *op. cit.*, pp. 118-120; también, apela al artículo 7.2 del Código civil para solucionar conflictos derivados de relaciones vecinales, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral», *op. cit.*, pp. 168 y 169, entre otros muchos autores.

¹³⁴ Ampliamente, SANTOS BRIZ, J., «Comentarios a los artículos 1907, 1908 y 1909 del Código civil», en Manuel ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compila-*

judicial teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y, en especial, las condiciones del lugar. Recuérdese que regla fundamental es que «la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina», en palabras de las STS de 17 febrero 1968 y de 12 diciembre 1980¹³⁵, entre otras muchas. Pues bien, superados los límites razonables de tolerancia, se penetra, en virtud de la violación del principio *alterum non laedere*, en el terreno del ilícito civil. En efecto, actualmente, los daños sufridos por contaminación ambiental quedan sujetos a las normas generales sobre responsabilidad civil extracontractual (arts. 1902 ss. CC). En este sentido, destaca la solvente opinión de Alonso Pérez, para el que «la responsabilidad civil, tan vieja como la *Lex Aquilia*, es el mejor instrumento del Derecho civil para reparar hoy día los daños ecológicos»¹³⁶.

Aunque la indemnización de daños y perjuicios puede contemplarse como contenido propio de las acciones negatoria y de cesación¹³⁷, según opinión de la doctrina más representativa en la materia, constituye fuera de ellas una acción autónoma¹³⁸. Además, la acción de resarcimiento es susceptible de acumulación en una misma demanda, en aplicación del artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹³⁹.

Precisamente, es en este ámbito de la responsabilidad civil, donde las prohibiciones de inmisiones perjudiciales alcanzan mayor reconocimiento y sanción en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, es constante la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo la que, después de reconocer que «si bien el Código civil no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva», concluye que «puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el artículo 1902 de dicho Cuerpo legal y en las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por la generalización analógica de los artículos 590 y 1908»¹⁴⁰.

El artículo 1908 CC –del que interesan, en particular, los ordinales 2.º y 4.º–, hace responder a los propietarios de los daños «Por

ciones forales, t. XXIV –Artículos 1887 a 1929 del Código civil–, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, en especial, al comentar el artículo 1908 CC, pp. 614 ss.

¹³⁵ *RJ* 1968\1111 y *RJ* 1980\4747.

¹³⁶ ALONSO PÉREZ, M., «Prólogo» a la obra de MORENO TRUJILLO, E., *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, op. cit., p. 16.

¹³⁷ Obsérvese como el CC de Cataluña, Libro Quinto, relativo a los Derechos reales, al regular la acción negatoria y, en particular, su contenido, dispone en el artículo 544-6.2 que «Puede reclamarse en el ejercicio de la acción negatoria, además de la cesación de la perturbación, la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios producidos».

¹³⁸ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *La tutela civil frente al ruido*, op. cit., pp. 146 ss.

¹³⁹ Cfr., en relación a la acumulación de acciones, en especial, los artículos 71 a 73 LEC.

¹⁴⁰ Cfr., las STS de 17 febrero 1968 (*RJ* 1968\1111), 12 diciembre 1980 (*RJ* 1980\4747), 31 mayo 2007 (*RJ* 2007\3431), 12 enero 2011 (*RJ* 2011\305), por ejemplo.

los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades» (núm. 2.º) y «Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuvieren» (núm. 4.º)¹⁴¹. Adviértase que aunque en estas disposiciones no se hace referencia a todas las que puedan considerarse inmisiones dañosas, como malos olores o ruidos y vibraciones, por citar solo algunos ejemplos no recogidos expresamente, estimo que, entre otros preceptos, como los artículos 7.2 y 590 y concordantes del Código civil, sí pueden ser bastantes, si se extiende su contenido tanto por «generalización analógica», como ya dijo el Tribunal Supremo –por todas, en la STS 12 diciembre 1980–¹⁴², como mediante el recurso a una interpretación sociológica de las normas, esto es, atendiendo a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» (*ex art. 3.1 CC*). Así, en un caso de inmisiones ruidosas, la STS 29 abril 2003, reconoció, en relación a los «ruidos excesivos», a los que se contrae el asunto que examina, que la referencia del número 2.º del artículo 1908 CC a los «humos excesivos», «es fácilmente transmutable, sin forzar las razones de analogía, a los ruidos excesivos, todo ello, en el marco de las posibles conexiones con el artículo 590 del Código civil» (FD Quinto)¹⁴³. En todo caso, estimo que una fórmula abierta, que considerase en general como inmisiones ilegítimas las que causen daños a los inmuebles, animales y personas, sería la más deseable, singularmente, por conceder superior relevancia al arbitrio judicial¹⁴⁴.

Como aclara Santos Briz, en realidad, la norma del artículo 1908 CC, sancionadora de la responsabilidad que declara en general el artículo 1902 CC, «puede aplicarse por analogía al establecimiento de toda clase de industrias peligrosas o nocivas o a instalaciones o construcciones que ofrezcan algún riesgo para las

¹⁴¹ A propósito de este artículo 1908 CC, recuerda ALONSO PÉREZ que «inspirado en los remotos preceptos de la *Lex Aquilia de damno dato*, hace responder civilmente a quien inmita humos excesivos –*Licet immittere fumum non gravem*, decía Pomponio en el texto recogido en D. 8,5,8,6– o emanaciones de cloacas y depósitos de materias infectantes sin adoptar las debidas precauciones. ALONSO PÉREZ, M., «Las relaciones de vecindad», *op. cit.*, p. 388.

¹⁴² *RJ* 1980\4747. Además, esta interpretación se compadece perfectamente con la concepción de la analogía que dimana del artículo 4.1 CC, ya que se aplicaría, por ejemplo, a las inmisiones ruidosas, el artículo 1908 CC, que no contempla ese supuesto específico (del ruido) pero sí regula otros entre los que se aprecia «identidad de razón».

¹⁴³ *RJ* 2003\3041. En el caso resuelto, ante inmisiones sonoras excesivas, se estimó la existencia de responsabilidad extracontractual por daños causados a los titulares de viviendas por sufrir ruidos y vibraciones procedentes de industria, *pese a disponer esta de la correspondiente licencia municipal*. Sobre la irrelevancia de la autorización administrativa para la apreciación del daño, cfr. el epígrafe 4.2.

¹⁴⁴ Me remito a las propuestas de *lege ferenda* que realizo en el apartado 7 del presente estudio.

personas o las propiedades, sin perjuicio de la aplicación previa de las normas administrativas aplicables, suficientes o no para evitar una eventual responsabilidad sustantiva»¹⁴⁵. Una descripción mucho más amplia de las posibles inmisiones ilegítimas la proporciona el artículo 546-13 del CC Cat. –Libro Quinto, relativo a los Derechos reales– que, con una fórmula abierta, cita expresamente, las provenientes de «humo, ruido, gases, vapores, olor, calor, temblor, ondas electromagnéticas y luz» y «demás similares», producidas por actos ilegítimos de los vecinos y que causan daños a la finca o a las personas que habitan en la misma, que quedan prohibidas y «generan responsabilidad por el daño causado»¹⁴⁶.

Ahora bien, un sector doctrinal se muestra escéptico en cuanto a la aplicación a todo daño medioambiental de los artículos 1902 y 1908 CC, aun reconociendo que hoy por hoy es la solución; en este sentido, destaco la opinión de Díez-Picazo Giménez, que al intentar dar respuesta a las relaciones existentes entre el Derecho civil y el medio ambiente y plantearse si el papel que actualmente cumple esta rama del Derecho es o no desoladora, si es indirecta o lo que puede ofrecer el actual sistema de Derecho civil al medio ambiente, termina por reconocer que sí sirve el sistema de responsabilidad civil cuando se ha concretado un daño ambiental que ha perjudicado a la persona y a sus bienes «Y el actual modo de lograr su reparación, mientras no se tenga otra cosa, es la de ejercitar

¹⁴⁵ SANTOS BRIZ, J., «Comentarios a los artículos 1907, 1908 y 1909 del Código civil», *op. cit.*, p. 637. También, FERNÁNDEZ URZAINQUI, en particular, al estudiar el artículo 1908, apartado 2.º CC, consideró que «Una prudente generalización analógica permite asignar el tratamiento de “humos” a otros cualesquiera gases, así como a los ruidos y vibraciones y con mayor razón incluso a otros cuerpos sólidos o líquidos». FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral», *op. cit.*, p. 159. Además, al aplicar los números 2.º y 4.º del artículo 1908 CC, que se refieren expresamente a humos y emanaciones, la STS 14 marzo 2005 (RJ 2005\2236) reconoció la generalización de esos apartados para comprender cualesquiera daños por inmisiones, al señalar que: «[su] formulación se extiende a las inmisiones intolerables y a las agresiones al medio ambiente» (FD Primero). Ya MANRESA, al comentar el artículo 1908 CC, declaró que los cuatro supuestos expresamente consignados en dicho precepto está hecha *demonstrationis causa*, y en su virtud, en todos aquellos otros que puedan suscitarse en la práctica, y en que exista la misma razón fundamental, habrá lugar a la reparación. MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentario a los artículos 1907 a 1910 del Código civil», *Comentarios al Código civil español* (sexta ed.), t. XII, Reus, Madrid, 1973, p. 912.

¹⁴⁶ La SAP Barcelona 28 diciembre 2012 (JUR 2013\66330), en un supuesto en el que se declaró la improcedencia de la acción negatoria y también la existencia de inmisiones, aunque reconociese los daños «continuados» y la consiguiente responsabilidad extracontractual, por caída en fundo propio de hojas de árboles sitos en el vecino, que causaban humedades. En este fallo, al tiempo que se descarta la existencia de inmisiones, apelando al artículo 546-13 CC Cat., se reconoce que el precepto establece una fórmula abierta que permite la incorporación de supuestos no contemplados específicamente «pero, en todo caso, semejantes a los descritos», asimismo, explica que «De la enumeración *ad exemplum* que en la ley se contiene [...] se desprende que las inmisiones *strictu sensu*, son siempre de cosas incorporales o de escasa corporabilidad [...]»; por consiguiente, concluye que «no puede considerarse correcta la calificación de inmisión a la caída en fundo propio de las hojas de árboles sitos en el vecino» (FD Segundo).

extensivamente la acción por inmisiones del artículo 1908.2 del Código civil y ampliamente el artículo 1902 de dicho Código», aunque apostilla que «Sin embargo, qué duda cabe que la aplicación analógica de la solución dada por el Código civil para los daños causados por los humos excesivos nocivos para las personas y sus propiedades no cubre completamente las necesidades del daño ecológico, sino que se trata de una solución temporal, a la espera de una regulación específica de este tipo de daño»¹⁴⁷. Estimo que el legislador estatal debería, en una futura modificación del Código civil, afrontar una regulación completa de las inmisiones al modo en que lo han hecho los legisladores catalán y aragonés, situando esta regulación en sede del Derecho patrimonial y, en concreto, de Derechos reales, para reconducir la esencia de los artículos 7.2, 590, 1902, 1903 y 1908 del Código civil a esa nueva regulación, dejando a un lado las obsoletas previsiones de los citados preceptos, para su aplicación a una moderna concepción de las relaciones de vecindad¹⁴⁸.

5.4 LA INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE Y SU LIMITACIÓN POR EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO

El principio rector del cálculo de la indemnización de daños y perjuicios es la reparación integral del daño o *full damages rule*, se compadece bien con esta idea el contenido del artículo 1106 CC, que incluye en la indemnización de daños y perjuicios, no solo el valor de la pérdida sufrida sino también «la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor» (el que sufre el daño, en el ámbito extracontractual) –que será, a la postre, el que, principalmente, opera en el presente estudio–¹⁴⁹. El *damnum emergens*, o «daño

¹⁴⁷ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente», *op. cit.*, pp. 1419 y 1420. Sin embargo, como se anticipó, ALONSO PÉREZ, considera que para reparar esos daños ecológicos, la responsabilidad civil «es el mejor instrumento». ALONSO PÉREZ, M., «Prólogo» a la obra de MORENO TRUJILLO, E., *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁴⁸ Así es, el CC de Cataluña regula esta materia en el Libro Quinto, relativo a los Derechos reales, en el Título IV (Del derecho de propiedad), en el que sitúa tanto la acción negatoria (arts. 544-4 a 544-7), como a las relaciones de vecindad (arts. 546-1 a 546-14) y, en particular a las inmisiones, dedica los artículos 546-13 y 546-14; por otra parte, el Código del Derecho Foral de Aragón (Texto Refundido de las Leyes Civiles de Aragón) –Decreto Legislativo 1/2011, 22 marzo–, disciplina las relaciones de vecindad en el Libro IV (Derecho patrimonial), artículos 537 a 541 y además destaca la pertinencia de esta regulación en su Preámbulo (apartado 38) y hace hincapié en que ese Libro Cuarto «se ocupa de [...] materias con entidad propia y de muy superior incidencia en la vida jurídica, se centra en las relaciones de vecindad [...]».

¹⁴⁹ Así lo ve también ASÚA GONZÁLEZ, que al definir el lucro cesante y utilizar las propias palabras del Código civil en el artículo 1106, señala que consiste en la ganancia

propriadamente dicho», como lo denomina la jurisprudencia, consiste en la «pérdida sufrida, efectiva y conocida» –STS 31 octubre 1924¹⁵⁰–; mientras que el *lucrum cessans* se configura como «las ganancias razonables dejadas de obtener», el incremento patrimonial que razonablemente espera percibir el dañado y que se ve frustrado como consecuencia del incumplimiento del causante del daño, o del acto u omisión dañoso del responsable¹⁵¹. Expresión de la pretensión del perjudicado de obtener la «reparación íntegra» de los daños, precisamente, en un supuesto de responsabilidad por daños derivados de inmisiones, fue el caso enjuiciado por la STS 15 marzo 1993¹⁵², que al estimar la existencia de responsabilidad extracontractual por daños derivados de inmisiones ilícitas que causaron el deterioro de plantaciones por emanaciones de gas y polvos arcillosos procedentes de fábricas de azulejos, después de declarar que «si la acción ejercitada es la de responsabilidad extracontractual, cuya finalidad única es la de obtener la reparación total e íntegra de los perjuicios causados, comprensivos tanto del daño emergente, como del lucro cesante (art. 1902 en relación con el art. 1106, ambos del Código civil)», concluyó que no podía tacharse de incongruente a la sentencia recurrida que, en plena coincidencia con la de primer grado, condenó a las demandadas al pago del importe de los gastos de «regeneración de la finca y las secuelas de orden permanente que pudieran existir», cuando «aparece probado que ello es necesario para el logro de dicha total reparación», aunque no haya sido postulado en dichos términos literales por el actor, «pues está evidentemente incluido en el soporte fáctico (“causa petendi”) de su demanda en relación con la pretensión objeto de la misma, que no es otra que la de obtener la íntegra reparación de los daños efectivamente causados y plenamente probados» (FD Cuarto).

Me propongo analizar la importante repercusión que la indemnización del *lucrum cessans* tiene en el ámbito de los daños derivados de inmisiones dañosas, aun reconociendo que la *sedes materiae* del artículo 1106 CC es la responsabilidad contractual¹⁵³ y

que haya dejado de obtener el acreedor «el dañado, en el ámbito extracontractual», dice. ASÚA GONZÁLEZ, C., «Comentario al artículo 1106 del Código civil», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t. VI (Arts. 1043 a 1264), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8108.

¹⁵⁰ JC 1924, t. 164, núm. 57. Cfr., Considerando Cuarto.

¹⁵¹ LLAMAS POMBO, E., «Comentario al artículo 1106 del Código civil», en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1218.

¹⁵² RJ 1993\2284.

¹⁵³ Como reconoce DE ÁNGEL, al comentar el artículo 1106 CC, «La indemnización a que este artículo se refiere encuentra su fundamento en el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, de acuerdo con el artículo 1101 CC». ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE,

que en este estudio se está aplicando a supuestos, singularmente, de responsabilidad extracontractual; por consiguiente, convengo con la observación de García Rubio, de que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a aproximar de manera notable los regímenes de la responsabilidad obligacional y de la responsabilidad delictual, por encima de las diferencias que separan una y otra «en ambas clases de culpa su finalidad es reparadora»¹⁵⁴, así, aprecia como esa común finalidad reparadora ha hecho que «doctrina y jurisprudencia no hallen excesivos obstáculos a la hora de decidir la aplicación analógica de las normas de una para la otra; en concreto, los artículos 1103, 1104, 1106 y 1107 se han aplicado sin dificultad en supuestos indemnizatorios derivados de un acto ilícito»¹⁵⁵. No en vano, reputados estudiosos de la materia aquí analizada reconocen la indemnización del lucro cesante en este ámbito, en tal sentido, Ruda González, dedica un apartado de su estudio monográfico a la indemnización del lucro cesante, así, después de apelar a que la «reparación integral de daño obliga a reparar no solo el daño emergente sino también el lucro cesante», declara que el Derecho español se sitúa en la línea de considerar el lucro cesante resarcible en referencia con daños medioambientales¹⁵⁶.

La razón de tomar en consideración esta cuestión en el presente estudio radica en mi convicción de que seguramente con mucha frecuencia el tipo de daños que aquí se estudian, a saber, los derivados de inmisiones dañosas y que perturban las relaciones vecinales, no solo causarán perjuicios efectivos y presentes, sino que también ocasionarán pérdidas de ganancias previsibles que por el acaecimiento del daño no podrán percibirse. Pensemos en algunas posibles situaciones: un deportista profesional, el actor protagonis-

«Comentario al artículo 1106 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, t. II (2.ª ed.), Ministerio de Justicia, Madrid. 1993, p. 45.

¹⁵⁴ En tal sentido, la significativa STS 3 febrero 1989 (RJ 1989\659), declaró que si bien la responsabilidad contractual y extracontractual tienen su punto de arranque en la existencia o no de una relación negocial, con puntos de coincidencia comunes como son la producción de un daño o lesión, atribuibilidad del mismo a un sujeto –imputabilidad– y deber de indemnizar o resarcir, tienen sus diferencias en que mientras la contractual nace como consecuencia lógico-jurídica del incumplimiento o infracción de los términos de un negocio, la extracontractual tiene su origen en un ilícito civil productor del daño, al margen o además de todo incumplimiento o infracción, todo lo cual determina que en ambas clases de culpa su finalidad sea reparadora (FD Tercero). En el mismo sentido, la STS 30 diciembre 1981 (RJ 1981\5357).

¹⁵⁵ GARCÍA RUBIO, M.ª P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid. 1991, en especial, pp. 87-90.

¹⁵⁶ RUDA GONZÁLEZ, A., *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, op. cit., pp. 184-186. Así lo interpreta también, GOMIS CATALÁ, L., «Sobre el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Civil derivada de actividades con incidencia ambiental», *Revista Derecho y Medio Ambiente. Revista Jurídica para el Desarrollo Sostenible*, vol. 1, núm. 0, 1999, p. 75.

ta de una obra de teatro, o una profesora, un médico, un enfermero, que, como consecuencia de los ruidos soportados en sus viviendas, además de sufrir insomnio crónico, que deberán tratar –daño emergente–, tendrán que dejar, de competir, el deportista profesional, de actuar, el protagonista de la obra de teatro, que, tal vez, deba suspenderse, o de trabajar la profesora, el médico o el enfermero, con las consiguientes pérdidas de salarios –lucro cesante–. Otros perjuicios, causados no ya a personas, sino a las cosas, también pueden conllevar la pérdida de beneficios; piénsese en industrias o fábricas contaminantes que tras su instalación no solo producen daños a la salud de los vecinos, sino que también entorpecen la producción de las fincas, su venta o la venta de las viviendas afectadas o incluso su arriendo, o provocan la desocupación de los hoteles situados en las inmediaciones del foco contaminante; en fin, son múltiples las situaciones en las que el daño no solo es el propiamente dicho (daño emergente), sino que provendrá también de las ganancias probables dejadas de obtener (lucro cesante). Por tal razón no se comprende bien que en los numerosos casos jurisprudenciales analizados sobre la reparación de los daños «medioambientales» o sobre inmisiones dañosas, no se encuentren tantos supuestos en los que proceda la indemnización del lucro cesante como los que cabría esperar. La justificación más verosímil que encuentro es el criterio restrictivo o prudencia rigorista que siguen los Tribunales en la estimación y el cálculo del lucro cesante, decantándose, en muchas ocasiones, por considerar la existencia en el caso enjuiciado de daño emergente, pero resistiéndose a la apreciación del lucro cesante¹⁵⁷. En este sentido, la STS 31

¹⁵⁷ Plasma con pulcritud las razones de ese riguroso criterio para la estimación del lucro cesante, la STS 5 noviembre 1998 (*RJ* 1998\8404), cuando, después de afirmar que «El lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto de los daños materiales (STS 10 mayo 1993 [*RJ* 1993\3530]), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (STS 21 octubre 1987 [*RJ* 1987\7308] y STS 29 septiembre 1994 [*RJ* 1994\7026])», reconoce que el lucro cesante, como el emergente, debe ser probado; pero, admite que la dificultad que presenta el lucro cesante es que solo cabe incluir en este concepto «los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o *imaginarios sueños de fortuna*» (FD Cuarto). Así, se desestimó la apreciación del lucro cesante pretendido por la demandante, por la SAP Guadalajara 6 abril 2000 (*AC* 2000\3267), ante la tala de chopos que producía deterioro medioambiental y pérdidas por la actividad de hostelería que la actora pensaba desarrollar, «porque resultan absolutamente insuficientes las pruebas aportadas para tener por acreditado el lucro cesante en cuya virtud se solicitaba el resarcimiento», apelando a la doctrina jurisprudencial que considera que «tratándose de lucro cesante es necesaria su acreditación con rigor al menos razonable, sin que baste la consideración de pérdidas dudosas o contingentes», por lo que concluyó que bien pudo la parte demandante aportar pruebas a fin de acreditar las ganancias dejadas de obtener a consecuencia de la tala efectuada por la parte demandada (FD Primero). Cfr., con esta doctrina, la STS 30 junio 1993 (*RJ* 1993\5340). Por otra parte, DE ÁNGEL, insiste en el problema de la estimación y el cálculo del lucro cesante, que, según él, radica en acreditar

mayo 2007, precisamente, en un caso sobre responsabilidad por daños derivados de inmisiones ilícitas, en concreto, de inmisiones acústicas procedentes de la circulación de trenes, sí estimó la existencia de daño emergente, constituido por la depreciación de las propiedades afectadas por las inmisiones «daño ya irremediablemente producido»; pero rechazó la existencia de lucro cesante (FD Quinto)¹⁵⁸.

En la aplicación del artículo 1106 CC y con estimación de la existencia del lucro cesante, destaco la STS 14 marzo 2005¹⁵⁹, aunque el supuesto gire, singularmente, en torno a la responsabilidad objetiva por daños derivados de inmisiones industriales y la aplicación del artículo 1908.2.º CC. La acción fue ejercitada por una serie de dueños de fincas agrícolas por daños y perjuicios ocasionados y/o ganancias que han dejado de obtener (daño emergente y lucro cesante), con motivo de la contaminación producida por el mal funcionamiento de las fábricas Aluminio Español, SA y Alúmina Española SA en la fincas referidas en la demanda y durante los años 1983 a 1994, ambos inclusive, por consiguiente, se solicitaba que, mientras las entidades demandadas mantengan sin cambio ni alteración su sistema productivo y sigan emitiendo al aire sustancias contaminantes para las fincas agrícolas de los demandantes, ocasionándoles daños en su producción agrícola, les indemnicen a cada uno de los demandantes¹⁶⁰; tras vencer los demandantes en las dos primeras instancias, las demandadas interponen recurso de casación, con apoyo, entre otros motivos y para lo que interesa al presente estudio, en la infracción del artículo 1106 CC, en el sentido de que no se había acreditado el lucro cesante, objeto de la indemnización acordada; el Tribunal Supremo desestima el motivo y concluye que en el presente caso, «se ha declarado probado, con todo detalle, la indemnización total correspondiente a cada

una ganancia que se podía esperar con verosimilitud, según el curso normal de las cosas o según las circunstancias del caso; para el autor de lo que se trata es de excluir como lucro cesante las hipotéticas e imaginativas ganancias que el acreedor pudiera alegar ante el deudor. ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE, «Comentario al artículo 1106 del Código civil», *op. cit.*, p. 50. En relación a la prueba del lucro cesante, la STS 9 abril 2012 (*RJ* 2012\8986), señaló que «el lucro cesante futuro presenta dificultades probatorias, pues solo puede ser calculado mediante evaluaciones de carácter prospectivo [...]. Es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes» (FD Cuarto); asimismo, en relación a la prueba del lucro cesante, la STS 18 noviembre 2013 (*RJ* 2014\2388), estimó que «debe ser probado con una razonable verosimilitud [...]» (FD Segundo); también, la STS 10 septiembre 2014 (*RJ* 2014\4800), concluye que «no procede otorgar la indemnización por lucro cesante de forma automática, sino que incumbe la carga de la prueba de su existencia y cuantía a quien la reclama» (FD Segundo).

¹⁵⁸ *RJ* 2007\3431.

¹⁵⁹ *RJ* 2005\2236.

¹⁶⁰ Obsérvese que se solicita indemnización «en cada uno de los años siguientes al de 1994» o en la parte proporcional de año, si alguno no es completo.

demandante, lo que, como hecho probado, no es susceptible de casación y el motivo debe desestimarse» (FD Cuarto)¹⁶¹.

Por último, cumple dar respuesta a otra de las cuestiones a las que se refiere la rúbrica de este epígrafe y que estimo relevante para el objeto de este estudio, es la posibilidad de limitar la indemnización del lucro cesante, por medio del deber de mitigar el daño por el acreedor (*rectius*, perjudicado)¹⁶²; es decir, el deber del sujeto que debe ser indemnizado de adoptar todas las medidas razonables para evitar o paliar las consecuencias del daño producido. A mi juicio, este deber de mitigar el daño puede tener fácil acomodo en los daños derivados de inmisiones nocivas o peligrosas, piénsese, por ejemplo, en los vecinos que resultan ser los que deben percibir el resarcimiento de daños porque soportan inmisiones ruido-

¹⁶¹ Por otra parte, existen numerosos fallos de Audiencias Provinciales, en los que se estima la reparación del lucro cesante, precisamente, en supuestos de responsabilidad extracontractual derivada de inmisiones ilícitas, destaco los siguientes casos, la SAP Valencia (Jurisdicción penal. 18 enero 2001 (*ARP* 2001\342), estimó el delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, por el vertido de tricloroetileno al alcantarillado y a campos de cultivo por una entidad industrial dedicada a la elaboración de calentadores de gas, y la provocación de la muerte de 301.000 alevines de dorada en entidad dedicada a la cría y producción de especies acuáticas para su industrialización y comercialización; si bien, en materia de responsabilidad civil, se pospone para la fase de ejecución de sentencia la concreción económica de cuál es el lucro cesante que deriva de la muerte de los alevines de doradas, así como el coste de la paralización del proceso productivo que deriva del hecho de sufrir la indicada pérdida (FD Séptimo); asimismo, en casos de responsabilidad extracontractual por inmisiones ilícitas, se apreció la reparación del lucro cesante en las SAP Murcia 24 mayo 2001 (*JUR* 2001\235688), SAP Murcia 7 octubre 2002 (*JUR* 2003\9874) o SAP Valencia 30 julio 2004 (*JUR* 2005\9528), en todos estos fallos, debido a la merma de producción de la plantación de cítricos por emanaciones de polvo; también, la SAP Cáceres 26 febrero 2003 (*JUR* 2003\122988), estimó la responsabilidad extracontractual por daños causados por inmisiones ilícitas, en concreto, de polvo generado por el derribo de un edificio, ante la afectación de productos cárnicos haciéndolos no aptos para su venta debido a su falta de higiene y salubridad. El Tribunal en este caso, al perfilar el lucro cesante o ganancias frustradas, comprendidas en el artículo 1106 CC, reconoce que es «principio básico para la determinación del lucro cesante que este se determine mediante un juicio de probabilidad» y concluye que en caso de autos no hay duda de que existe un juicio de probabilidad, habida cuenta que la carnicería estuvo cerrada durante un día y medio para llevar a cabo su limpieza, «lo que necesariamente nos lleva a que durante ese tiempo dejó de percibir ganancias» (FD Segundo).

¹⁶² Ampliamente, sobre el deber de mitigar el daño, cfr., PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *InDret* 1/2015. En relación al «deber del acreedor de mitigar el daño», PANTALEÓN, declara que no será indemnizable el daño que el perjudicado hubiera podido evitar, cumpliendo su deber (*rectius*, carga) de mitigar el daño (arg. art. 7.1 CC), «adoptando las medidas que hayan de considerarse razonables según las circunstancias del caso, al efecto de procurar que el daño no resulte innecesariamente grande». PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902 del Código civil», *Comentario del Código civil*, t. II (2.ª ed.), Ministerio de Justicia, Madrid. 1993, p. 1993. También, recientemente, AVIÑÓ BELENGUER, al recordar que este factor de carga de la persona perjudicada de evitar o reducir el daño no es a menudo decisivo para evitar la gravedad del daño, apeló a que este parámetro debería formar parte del análisis de la gravedad del daño, ya que la conducta del sujeto perjudicado por la inmisión no puede ser completamente indiferente. AVIÑÓ BELENGUER, D., «Criterios de ponderación de la excesividad y nocividad de la inmisión y del uso normal de la actividad», *Diario La Ley*, núm. 8604, 14 de septiembre de 2015, p.10.

sas, bien provenientes del exterior –de bares, discotecas, trenes, etcétera– o del interior –de molestos vecinos ruidosos– y ante este malestar no adoptan las medidas oportunas «para mitigar el daño», como la instalación de ventanas insonorizadas, ante ruidos exteriores o la colocación de suelos y techos flotantes, para paliar los ruidos que provienen del interior del edificio. De esta cuestión se ocupó magistralmente al tratar monográficamente el incumplimiento del contrato y el lucro cesante, Morales Moreno, que estudió ciertos límites de la indemnización de los daños, aplicándolos al lucro cesante, tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, en particular el límite del «deber de mitigar el daño». Veamos sus consideraciones, con las que convengo y estimo se compadecen bien con el objeto de este trabajo, el autor considera que la aplicación del deber de mitigar el daño tiene especial importancia en la indemnización del lucro cesante producido por el peligro de que este tipo de daño se extienda excesivamente, por esto considera que para el acreedor insatisfecho supone que tiene que tomar medidas (razonables), de diversa índole, para evitar o reducir el lucro cesante y para el deudor supone sustituir la indemnización del lucro cesante mitigable por la indemnización del coste de las medidas adoptadas para evitarlo o reducirlo. El autor concluye que su efecto es excluir (o sustituir) la indemnización del daño evitable o mitigable, o reducir la cuantía de la misma¹⁶³. En el ejemplo que se proponía, el gasto que ha tenido que realizar el vecino que soportaba los ruidos, bien instalando ventanas insonorizadas, bien colocando suelos y techos flotantes, sería un coste a asumir por el causante de los ruidos, indemnización de los gastos asumidos por el perjudicado que, en su caso, sustituiría o reduciría la indemnización del lucro cesante.

5.5 LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES

Frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del «daño emergente» y/o del «lucro cesante», la doctrina jurisprudencial ha arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a

¹⁶³ MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante* –Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número–, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid. 2010, pp. 80 y 181, en particular.

proporcionar una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado¹⁶⁴.

Aunque solo sea a vuela pluma, no creo que resulte baladí en un trabajo de esta índole alguna consideración sobre los posibles daños morales derivados de injerencias perjudiciales¹⁶⁵, ya sean de emisiones, de ruidos o de olores, por ejemplo, ya que hoy resulta pacífico que las molestias generadas por la percepción de inmisiones superiores a los niveles de tolerancia constituyen un daño moral indemnizable¹⁶⁶. Aun contemplando esta posibilidad se han visto inconvenientes en la reconducción de los perjuicios medioambientales al daño moral, idea que para Díez-Picazo Giménez, choca con el tradicional concepto de *pretium doloris*, «además de causar graves inconvenientes a la actividad judicial»¹⁶⁷; sin embargo, tanto doctrina como jurisprudencia resaltan la paulatina inclusión del daño moral en los conflictos vecinales. Así, al estudiar el daño ecológico puro, Ruda González, reconoce que parece suficientemente claro que el daño moral puede derivar del deterioro del medio

¹⁶⁴ En este sentido, cfr., la STS 2 abril 2004 (RJ 2004\2607) –FD Cuarto– y las allí citadas, STS de 31 mayo 1983 (RJ 1983\2956) y de 25 junio 1984 (RJ 1984\1145).

¹⁶⁵ Como reconoce el Tribunal Supremo (STS 2 abril 2004 [RJ 2004\2607]), aunque el daño moral no se encuentre específicamente nominado en el Código civil, tienen adecuado encaje en la exégesis del amplísimo «reparar el daño causado» que emplea el artículo 1902 CC. Ha sido la jurisprudencia casacional civil la que ha ido elaborando una doctrina continuada y progresiva sobre la procedencia de indemnizar los daños morales ya desde la antigua STS de 6 de diciembre de 1912 (*Jurisprudencia Civil*. 1912, t. 125, núm. 95), fallo que hizo época –cfr., también STS de 9 de diciembre de 1949 (RJ 1949/1463)–, y que constituye la base de toda la doctrina posterior en la admisión de la reparación del daño moral. Veamos el caso que se plantea: en noticia publicada por el periódico «El Liberal» se da cuenta en primera plana y con gran alarde tipográfico de la noticia de la pretendida fuga del fraile capuchino Fray Fulgencio Novelda con la joven de quince años María Josefa Mussó Garrigues, de la que había tenido «escandalosa» sucesión tres meses antes. Resultando falsa la noticia y pese a desmentirla «El Liberal», de modo espontáneo y a grandes titulares, el padre de la ofendida, que era a la sazón Alcalde de Totana, demanda al director del periódico y a la entidad editora, solicitando una cantidad no menor de 150.000 pesetas como indemnización por los daños y perjuicios causados al honor y buena fama de su hija. Se acude por el Tribunal a las «reglas de equidad que son máximas elementales de justicia universal» y busca apoyo en el criterio «tan sabiamente manifestado» en la Partida VII, título 9, ley 21 –con la rúbrica: *Qué emienda debe recibir aquel á quien es fecha la deshonra, et cómo debe seer juzgada*–: «... cualquier que reciba tuerto, o deshonra, que pueda demandar emienda della...» (Considerando Segundo).

¹⁶⁶ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *La tutela civil frente al ruido*, op. cit., el autor, entre los daños resarcibles por inmisiones incluye los daños morales, cfr., en particular, pp. 92-101.

¹⁶⁷ La autora llega a esta conclusión después de manifestar su escepticismo acerca de las relaciones existentes entre el Derecho civil y el medio ambiente; admite, entre los motivos que la impulsan a ser tajante el hecho de que «aquellos civilistas que deseen actualmente meter la cuchara en el pastel medioambiental pueden intentar extender el campo de los daños morales [...], y afirmar que el particular, ante una lesión al medio ambiente (daño ecológico), puede ejercitar, ex artículo 1902 del Código civil, la acción de responsabilidad por daño moral (no patrimonial)». Díez-Picazo Giménez, G., «La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente», op. cit., p. 1420.

ambiente¹⁶⁸; y considera que las víctimas pueden verse limitadas por las restricciones derivadas de tener que vivir en un lugar contaminado o, incluso tener que abandonarlo. Concluye el autor estimando que no es necesario vincular este daño con la propiedad privada, «pues se protege a las personas en sí mismas siempre que consigan probar el daño. De igual modo, tampoco cabe requerir que el daño concorra con un daño a la vida o a la salud, pues, es resarcible el daño moral puro consistente en el mero sufrimiento mental, dolor, ansiedad, intranquilidad, pena o pesar»¹⁶⁹. Precisamente, como recuerda la significativa STS 2 abril 2004 «actualmente, predomina la idea del daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad» (FD Cuarto)¹⁷⁰.

Sobre la relevancia que en esta cuestión corresponde al poder judicial, destaca la STS 30 noviembre 2011, cuando reconoce la conveniencia de evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales que fijan el *pretium doloris* [precio del dolor] o compensación por el daño moral y valoran de manera prospectiva o apreciativa las consecuencias patrimoniales de la incapacidad generada por daños corporales, que condujo al legislador a implantar sistemas de valoración fundados en tasación con arreglo a tablas o baremos de indemnización; sin embargo, no descuida un aspecto que estimo que en el ámbito de los daños por inmisiones «medioambientales», puede resultar trascendental, cuando constata que la jurisprudencia más reciente de la Sala Primera del Tribunal Supre-

¹⁶⁸ Por lo que estima que dicho deterioro puede perjudicar seriamente también a la psique de las personas, en formas tales como la astenia, los dolores de cabeza, la anorexia, la depresión y otras patologías.

¹⁶⁹ El autor plantea, además, la posibilidad o conveniencia de indemnizar los «daños morales ecológicos», así, estima que parece que existe daño ecológico moral cuando resultan afectados valores ideales, sociales o culturales de la colectividad, y pone el ejemplo, de la destrucción de los renos nórdicos, porque no solo afectaría a los bolsillos, sino también a la cultura del pueblo saami o lapón. RUDA GONZÁLEZ, A., *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, op. cit., pp. 214-223. También, MACÍAS CASTILLO dedica el capítulo tercero de su monografía a «El daño moral ocasionado por las inmisiones vecinales», pp. 361 ss. El autor reconoce que los Tribunales no han concedido demasiada trascendencia al daño moral en este ámbito de las relaciones vecinales por dos razones, primera, porque los propios demandantes no solicitaban su reparación y, segunda, porque habitualmente los tribunales privilegian el resarcimiento del daño patrimonial frente al moral. MACÍAS CASTILLO, A., *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, op. cit.

¹⁷⁰ RJ 2004\2607. Ahora bien, como señala la STS 31 mayo 2000 (RJ 2000\5089), «no pueden derivarse daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado», sino de «aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad» (FD Segundo).

mo ha venido declarando que la determinación de la cuantía para la compensación de los daños no patrimoniales o morales «debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del órgano judicial, habida cuenta de que no existen parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el menoscabo en que consiste el daño moral» (FD Tercero)¹⁷¹. Considera al respecto Fernández Urzainqui, que el importe de la indemnización ha de determinarse valorando las circunstancias de cada caso, particularmente, la duración, intensidad, frecuencia o continuidad de la inmisión, su normalidad o anormalidad, el horario diurno o nocturno en que se producen e incluso, observa con acierto, si no el beneficio obtenido, sí la reacción mostrada por el inmitente frente a las reclamaciones y protestas de los afectados¹⁷². Por lo que atañe a la prueba del daño, a diferencia de los daños morales procedentes de otras causas, estimo que los derivados de inmisiones dañosas y evidentes, que rebasan, por tanto, los límites de la normal tolerancia, permite fácilmente la aplicación a estos casos de la doctrina de la *in re ipsa loquitur*¹⁷³. Aunque, como apostilla Fernández Urzainqui, huelga, no obstante, señalar que la inmisión ha de tener cierta entidad y continuidad, porque estas son ya premisas o presupuestos de su inexigible tolerancia¹⁷⁴.

Uno de los fallos más significativos de la Sala Primera del Tribunal Supremo que reconoce la responsabilidad por inmisiones ilícitas, en concreto, acústicas, procedentes de la circulación de trenes, en la que se estimó la existencia de daños morales¹⁷⁵, fue la STS 31 mayo 2007, si bien, a mi juicio, no tanto por apreciar la existencia en el caso resuelto de este tipo de daños¹⁷⁶, sino por traer

¹⁷¹ RJ 2012\3514.

¹⁷² FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *La tutela civil frente al ruido*, op. cit., pp. 100 y 101.

¹⁷³ Como declara la STS 31 mayo 2000 (RJ 2000\5089), cuando el daño moral emane de un daño material o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la «in re ipsa loquitur», o cuando se da una situación de notoriedad, no es exigible una concreta actividad probatoria (FD Segundo).

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *La tutela civil frente al ruido*, op. cit., p. 100.

¹⁷⁵ Se considera que la primera sentencia del Tribunal Supremo que se pronuncia sobre el daño moral causado por inmisiones es la STS 16 enero 1989 (RJ 1989\101), que estimó la responsabilidad extracontractual de la empresa contaminante por daños producidos por contaminación industrial, dándose por probada que tal contaminación afectó gravemente a fincas, viviendas y produjo gravísimas afecciones gástricas y respiratorias al ganado vacuno y peligro también para vidas humanas; sin embargo, aun reconociendo que en el caso de autos el daño moral «debió haber sido considerado y valorado», desestimó la procedencia de la reparación de estos daños no patrimoniales, por presentarse como cuestión nueva, al no haber sido planteada en momento procesal oportuno (FD Tercero).

¹⁷⁶ RJ 2007\3431. la STS estimó la indemnización de los daños morales sufridos por el propietario y morador de la casa afectada por los ruidos. Aprovecha el Tribunal Supremo la ocasión para considerar no indemnizable la denominada contaminación «estética» o

a colación una de las decisiones más trascendentales para el reconocimiento de la indemnización de los daños no patrimoniales, se trata de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un asunto que afectaba a España, STEDH 9 diciembre 1994 –Caso López Ostra contra el reino de España–¹⁷⁷. En efecto, en esta Sentencia, el Tribunal de Estrasburgo acordó una indemnización a favor de la demandante «por el daño moral “innegable”» que había sufrido al soportar tanto «las molestias provocadas por las emanaciones de gas, los ruidos y los olores procedentes de la fábrica» como asimismo «la angustia y la ansiedad de ver que la situación perduraba y cómo se deterioraba el estado de salud de su hija» (parágrafo 65)¹⁷⁸. Una vez más, la Sala Primera del Tribunal Supremo español se remite para cuestiones que atañen a casos relacionados con la vida privada y familiar y, a la postre, a las relaciones vecinales, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en prácticamente todos los asuntos de esta índole reconoce la indemnización de los daños morales¹⁷⁹.

Además, destaca la STS 26 noviembre 2010, dado que se declaró probado que los demandantes habían sufrido durante años una serie de inmisiones [causadas por una fábrica de cementos] que además de provocarles un daño material efectivo, causaron daños

«visual», porque el paisaje no merece hoy por hoy la consideración de objeto de un derecho subjetivo cuya vulneración deba ser indemnizada, sino de un bien colectivo o común cuya protección incumbe primordialmente a los poderes públicos y cuya lesión dará lugar a las sanciones que legalmente se establezcan pero no a indemnizaciones a favor de personas naturales o jurídicas determinadas (cfr., los FD Séptimo y Octavo).

¹⁷⁷ TEDH 1994\3. En relación a esta Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y con más amplitud, cfr., el apartado 3 de este trabajo, sobre la tutela judicial civil de los derechos fundamentales, allí me remito.

¹⁷⁸ En esta Sentencia aun tratando de buscar el equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto, se reconoce la indemnización, también por daños morales, por las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas ocasionadas por una planta depuradora de residuos que causó problemas de salud y medioambientales y la necesidad de cambio de domicilio. Centrada esta resolución en si se había producido o no una infracción del artículo 8 del Convenio de Roma, relativo al derecho de toda persona a que se respete su vida privada y familiar, el Tribunal responde afirmativamente valorando, entre otros aspectos, que «la interesada y los miembros de su familia han vivido durante años a doce metros de un foco de olores, ruidos y humos» (apartado 42).

¹⁷⁹ Así, en relación a las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo, que afectaron a España y en las que se indemnizaron los daños morales, además, de la referida en texto: el Caso López Ostra contra España (STEDH 9 diciembre 1994), destacan las siguientes: STEDH 16 noviembre 2004 (TEDH 2004\68), Caso Moreno Gómez contra España, en un supuesto de contaminación acústica, por ruidos producidos por una discoteca situada en los bajos del domicilio de la recurrente en la zona de San José de Valencia, zona declarada «acústicamente saturada», se apreció la existencia de un «daño moral cierto» causado a la demandante, por lo que se concedió la indemnización, en concepto de «daño moral y perjuicio material» (apartado 67); por otra parte, en la STEDH 18 octubre 2011 (TEDH 2011\86), Caso Martínez Martínez contra España, asimismo, en un supuesto de contaminación acústica, por los ruidos producidos por un bar instalado en el terraza de una discoteca situada en los bajos del domicilio del recurrente, procedió al indemnización de daños morales.

morales por haber de soportarlos¹⁸⁰. Sin embargo, la STS 12 enero 2011, en un supuesto de inmisiones ruidosas, producidas por industrias de manipulación, cortado y preparación de mármol, en viviendas próximas declaró la improcedencia de la indemnización por daños morales, debido, en síntesis, a que la construcción y adquisición de las viviendas se produjo a sabiendas de las molestias que el ruido produciría¹⁸¹.

5.6 LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN EN EVITACIÓN DE ULTERIORES LESIONES PATRIMONIALES: LA TUTELA PREVENTIVA VECINAL DEL ARTÍCULO 590 CC

Es doctrina reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, encabezada por la STS 12 diciembre 1980, que es fiel reflejo del criterio seguido por dilatada jurisprudencia, que «la protección de los derechos, como sin duda lo es el de dominio, no se contrae exclusivamente a la reparación de los perjuicios ya originados, sino que también ha de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales»¹⁸².

¹⁸⁰ *RJ* 2011\1317. Aclara el Tribunal Supremo que en la demanda se solicitó la indemnización de daños morales en cuantía igual para cada uno de los demandantes, pero no se desprende automáticamente la cuantía de la indemnización, que debe ponderarse por el tribunal: «Es imposible que el dolor causado por las inmisiones afecte por igual a quienes tienen su vivienda habitual en las parcelas afectadas, que para quienes no tienen ninguna vivienda, quienes la ocupan ocasionalmente, o quienes la tienen más alejada» (FD Octavo).

¹⁸¹ *RJ* 2011\305. En efecto, como aclara la Sentencia, los perjudicados adquirieron o construyeron sus viviendas en suelo no urbanizable-común rústico, e incluso uno de ellos en zona industrial, siendo conscientes de su proximidad a las instalaciones industriales de las demandadas-recurrentes y por tanto, conociendo o debiendo conocer los ruidos, vibraciones y otras molestias que iban a sufrir e virtud de esa situación preexistente (FD Noveno).

¹⁸² *RJ* 1980\4747, Considerando Tercero, de la que fue ponente D. Jaime DE CASTRO GARCÍA, que reproduce la doctrina de las STS de 23 diciembre 1952 (*RJ* 1952\2663), de 5 abril 1960 (*RJ* 1960\1670), de 14 mayo 1963 (*RJ* 1963\2699), entre otras varias. Adviértase que, en este mismo trabajo, existe un apartado dedicado a las «acciones de cesación», propiamente dichas, el 5.1., como acciones preventivas y no de resarcimiento, en el presente epígrafe se estudian las medidas conducentes a la cesación de los daños, desde otra perspectiva, a saber: la de ser, además de una medida precautoria, medida complementaria del resarcimiento de perjuicios (*ex arts.* 1902 ss.), por inobservancia, precisamente, del artículo 590 CC o, en el sentido que apuntó la citada STS 12 diciembre 1980, de medidas de prevención «que impidan ulteriores lesiones patrimoniales» (Considerando Tercero), creo que es una advertencia a tomar en consideración. En fin, que la acción cesación que se estudia, al lado de la acción negatoria en el epígrafe 5.1, actúa sin necesidad de que el daño se produzca y como medio para evitarlo, normalmente son remedios «*ex ante*», en prevención de la inmisión; sin necesidad de que se hayan iniciado las inmisiones; la tutela preventiva que se estudia en este epígrafe, es *además* «medida» de cesación de los perjuicios futuros –o como dice la STS 5 abril 1960 (*RJ* 1960\1670) de adopción de medidas necesarias o precautorias «enderezadas a que no se repita el evento dañoso»–, actuaría, en este caso, como medida «*ex post*», con posterioridad al daño producido. Todo sin perjuicio de recordar la configuración que del

En este sentido, también, la STS 16 enero 1989, cuando se refiere a la acción civil de los perjudicados o interesados, reconoce que «resguarda el interés privado exigiendo, en todo caso, el resarcimiento del daño y en su caso *la adopción de medidas para evitarlo o ponerle fin*, ambos aspectos competencia de la jurisdicción del orden civil» (FD Quinto) –la cursiva es añadida–¹⁸³. Como observa JORDANO FRAGA, al referirse a esta jurisprudencia, admitida la existencia en este ámbito de inmisiones dañosas de responsabilidad civil, no existen dificultades para imponer medidas preventivas de ulteriores daños, porque de no admitirse este tipo de medidas «quedaría vacía de contenido la pretensión de resarcimiento. Estaríamos consagrando una especie de canon, que permitiese al sujeto contaminador seguir causando el daño mientras indemnice»¹⁸⁴. Asimismo, en la STS 2 febrero 2001, al reconocer la responsabilidad civil extracontractual derivada de daños por contaminación medioambiental, en concreto, por la existencia de «un deterioro ambiental continuado», entre los principios rectores de la protección medioambiental cita expresamente «la tutela jurídica que transita desde la política de prevención hasta la reparación de los ilícitos» (FD Quinto)¹⁸⁵. Al referirse a esta Sentencia, Jordano Fraga, considera que tiene una fuerza revitalizadora importante de la institución [responsabilidad civil por daños al medio ambiente], por lo que concluye que «Se atisba, en esta última jurisprudencia, un reforzamiento de la función de prevención general de la responsabilidad civil tradicional»¹⁸⁶.

A la conveniencia de adoptar medidas preventivas se refiere Roca Juan, que, después de advertir como el instrumento de la responsabilidad civil se aplicó a daños «ya causados», observa que en ocasiones se ha puesto en duda la competencia de la jurisdicción ordinaria para ordenar medidas preventivas, cuando las disposiciones de la Administración no han sido suficientes para prevenir el daño *causado* ya y evitar que el daño *se siga produciendo*, afirma,

abuso del derecho hace el Código civil en el artículo 7.2, ya que su consecuencia no es simplemente indemnizatoria, sino que también prevé «la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

¹⁸³ RJ 1989\101.

¹⁸⁴ JORDANO FRAGA, J., «Responsabilidad por daños al medio ambiente», en José ESTEVE PARDO (Coord.), *Derecho del medio ambiente y administración local* (2.ª ed.), Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2006, p. 432.

¹⁸⁵ RJ 2001\1003. El fallo en casación eleva la cuantía indemnizatoria otorgada de un millón a siete millones de pesetas. Se habían producido daños en propiedad privada por contaminación medioambiental intensa, masiva y continua de polvos, humos y ruidos procedentes de una industria de áridos. Para el Tribunal Supremo «Existe un deterioro ambiental continuado [...], afectante no solo a la producción agrícola y estado de las construcciones, sino también de forma notable a la calidad de vida humana [...]» (FD Quinto).

¹⁸⁶ JORDANO FRAGA, J., «Responsabilidad por daños al medio ambiente», *op. cit.*, p. 432.

con acierto, que la situación premonitoria del daño es el peligro, lo que resulta más determinado que el simple riesgo «Acaso, la diferencia entre el peligro y el daño no esté solamente en la manera de reaccionar del ordenamiento (medidas de prevención, en un caso; indemnización en el otro), sino en el objeto sobre el que recae o se proyecta el interés que es la causa de la acción protectora [...]», finalmente, el autor, llega a las siguientes conclusiones, con las que convengo. 1.^a) Que la de prevención es acción que ha de fundarse en *hechos actuales* que son anunciadores de un daño, mientras que el daño es en sí, todavía, hecho futuro y eventual (amenaza de daño). 2.^a) Que la acción de prevención no se dirige solamente a borrar o a hacer desaparecer los hechos amenazantes, sino a paralizar el proceso que irremediamente habrá de conducir al sacrificio del bien que se quiere proteger, o a ponerlo en evidente peligro de ser sacrificado y 3.^a) La acción de prevención se justifica *antes* de que el daño se produzca, pero siempre *después* de que se produzcan los hechos sintomáticos o premonitores de la peligrosidad y para hacer cesar la «amenaza de daño»¹⁸⁷.

Obsérvese como en su estudio monográfico sobre estas cuestiones, Fernández Urzainqui, al analizar las acciones civiles de protección frente al ruido, dedica un apartado a las acciones de prevención de inmisiones ruidosas y aprovecha la ocasión para realizar unas importantes apreciaciones, que estimo son aplicables a cualquier tipo de inmisión y, en general, a los conflictos derivados de las relaciones de vecindad, el autor insiste en que para el ejercicio de dicha acción [se refiere a las acciones de prevención] –tal vez, más que de acciones, convendría hablar de «medidas de prevención» o de «medidas precautorias»– no es precisa la iniciación de las temidas inmisiones; y mucho menos la constatación de un daño «Se trata de una acción preventiva y no de una acción de cesación de inmisiones o de resarcimiento de los daños producidos por ellas, por más que en la jurisprudencia aparece involucrada en esta por la utilización de de la acción de daños como instrumento de protección demanial»¹⁸⁸.

Una renovada visión de esas «medidas de prevención» o «medidas precautorias», la ofrece Ruda González, que estudia el que denomina «principio de precaución» (o cautela)¹⁸⁹; y le dedica un apartado especial en su trabajo monográfico sobre el daño ecológi-

¹⁸⁷ ROCA JUAN, J., «Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho civil y medio ambiente)», *op. cit.*, pp. 777 y 783.

¹⁸⁸ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *La tutela civil frente al ruido*, *op. cit.*, pp. 123 y 124.

¹⁸⁹ Se trata de una de esas expresiones que ha hecho fortuna en los discursos relativos a la protección del medio ambiente, la seguridad de los alimentos o de los productos en general, pero cuyo significado técnico exacto está aún por definir.

co puro; pero mientras en este epígrafe se tratan, en especial, las medidas de prevención que se adoptan, incluso, después de producido el daño para evitar que el daño se siga produciendo, RUDA lo hace desde la perspectiva de las medidas que han de adoptarse ante la amenaza del daño, previamente a su producción y para evitarlo¹⁹⁰. El autor señala que, en términos generales, una primera aproximación al «principio de precaución» sugiere que es aplicable en el marco de la actuación administrativa; trata de ofrecer un criterio para resolver si la Administración puede o debe decidir, en una situación de incertidumbre sobre si puede producirse un daño. Como él mismo reconoce, la disyuntiva se suscita entre la alternativa de abstenerse de cualquier intervención y esperar para ver qué sucede (*wait and see*, como se dice en lengua inglesa), de un lado, o anticiparse a la materialización de cierto riesgo, mediante, por ejemplo, la decisión de impedir la actividad que genera dicho riesgo o de imponerle una moratoria, hasta que se conozcan mejor sus efectos. Por lo que atañe a la traslación de este principio a la responsabilidad civil, observa que la precaución «no conduciría a que la responsabilidad quedase excluida [...], sino que se traduciría en un deber de anticipación de los riesgos. Al modelo de responsabilidad reparadora o curativa se añadiría [...] un modelo de anticipación»¹⁹¹.

Además, la doctrina insiste en que el Tribunal Supremo admite expresamente que la jurisdicción ordinaria pueda adoptar medidas de prevención del daño previsible, pero sobre la base de un daño producido ya y para evitar que el daño se siga produciendo (tutela inhibitoria o tutela de cesación); lo que implica, como observa Cabanillas Sánchez, una acción *post damnum* y proclama que si se

¹⁹⁰ Para él, dicho principio «sale a escena antes de que el daño tenga lugar». Estimo que esas medidas «preventivas» o de «precaución», aparecen en el obsoleto artículo 590 CC, cuando se refiere al deber de tomar «las precauciones que se juzguen necesarias [...], a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos».

¹⁹¹ RUDA GONZÁLEZ, A., *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, op. cit., pp. 68-74. Para él, esta novedad que trae consigo el principio de precaución supondría un cambio drástico en la forma de entender la responsabilidad civil, que cumple una función de compensación de daños individuales y si además, dice, puede conseguir de hecho cierta función preventiva de daños es algo accesorio. En cambio, sostiene, el principio de precaución sugeriría que se cambiase el paradigma de modo que la responsabilidad se fundamentase en la simple amenaza de daños más o menos cierta. Sin embargo, a mi juicio, aunque solo sea por un deber de mitigar el daño que puede corresponder al que lo sufre e, incluso al que lo produce, la adopción de medidas preventivas para evitar males mayores, debe ser siempre consustancial a la reparación del daño, no en vano, el artículo 590 CC manda tomar «las precauciones que se juzguen necesarias [...], a fin de evitar todo daño»; además, como se anticipó, el artículo 7.2 CC, prevé como consecuencia del abuso del derecho no solo la indemnización, sino también «las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso» y sin perjuicio y, sobre todo, en atención al principio general de la buena fe (ex art. 7.1 CC).

admite la adopción judicial de medidas preventivas, no se ve inconveniente en admitir también que el temor fundado en circunstancias objetivas de que el daño se produzca, justifique tales medidas preventivas, «puesto que tanto da que el daño se siga produciendo, que evitar que el daño llegue a producirse», ahora bien, reconoce que es preciso acreditar un interés directo, personal y legítimo por parte de quien va a ser lesionado «Los artículos 24 y 45.1 de la Constitución permiten directamente afirmar la posibilidad de conseguir ante el juez ordinario la adopción de medidas que eviten un daño previsible»¹⁹².

Asimismo, se advierte por Fernández Urzainqui, que, a diferencia de la normativa específicamente reguladora de las inmisiones, que actúa sobre la premisa de su realización o iniciación, a fin de establecer el límite de las tolerables e impedir la persistencia de las que lo rebasen, «la normativa que en general disciplina las relaciones de vecindad se anticipa a ellas con disposiciones y medidas, comúnmente de carácter permanente y eficacia real, dirigidas a prevenirlas y evitar los conflictos y fricciones vecinales que se general con ellas»; así, concluye que «la tutela vecinal permite actuar no solo frente a una perturbación, incomodidad o molestia ya iniciada sino también frente al riesgo inminente de su producción»¹⁹³. En efecto, como señala la STS 14 noviembre 1984, la incomodidad o molestia «no necesita, para predicarse de ciertas actividades, que estas estén en funcionamiento, es decir, no precisen su contraste en cada caso con la realidad, pues es suficiente que por sus características intrínsecas, por sus potencialidades, puedan merecer tal calificación al objeto de prohibir su instalación en ciertos emplazamientos o de exigir la adopción de determinadas medidas correctoras de sus posibles molestias o perjuicios»¹⁹⁴.

¹⁹² CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1996, p. 117. En parecido sentido, ALGARRA PRATS, apreció que entre las normas que regulan las relaciones de vecindad, las que disciplinan las inmisiones actúan *ex post*, es decir, para cesar, corregir, compensar o indemnizar una situación perjudicial ya iniciada, mientras que la mayoría de las normas en este campo tienen más bien una función preventiva, «en el sentido de que intentan evitar una situación de daño o peligro antes de que se produzca; así pues, puede decirse en general que [...], los preceptos civiles que regulan los límites legales de vecindad tienen carácter preventivo y se aplican independientemente de la existencia de un daño». ALGARRA PRATS, E., *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, McGraw-Hill, Madrid. 1995, p. 285.

¹⁹³ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *La tutela civil frente al ruido*, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

¹⁹⁴ RJ 1984\5555. En el caso enjuiciado, en aplicación del artículo 7.2 de la LPH, se calificó de actividad molesta la instalación, en la planta alta de un edificio de un restaurante y local comercial destinado a la celebración de actos sociales, como bodas, banquetes, etcétera.

En el ámbito del Derecho civil esta tutela preventiva vecinal aparece en diferentes normas¹⁹⁵; tal vez la más representativa sea el artículo 590 del Código civil, ya que no se limita a exigir que se observen unas distancias desde la pared ajena o medianera para hacer construcciones o excavaciones peligrosas o lesivas por sí mismas o por sus productos, sino que prevé la adopción de medidas conducentes a la eliminación del daño¹⁹⁶, como observó Alonso Pérez, «se quiere evitar a toda costa la propagación de sustancias nocivas al predio contiguo y, como forma de evitarlo, se obliga al posible inmitente a seguir estrictamente lo ordenado por los reglamentos y usos de la localidad»¹⁹⁷; a falta de reglamentos, dice el apartado segundo del citado precepto «se tomarán las *precauciones* que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos».

Como reconoció la STS 26 noviembre 2010, el artículo 590 CC «sirve de marco para proteger el medio ambiente en las relaciones de vecindad, ya que constituye el núcleo que permitió con posterioridad el desarrollo de la teoría de las inmisiones [...]. Al no establecer directamente sanciones, sino únicamente supuestos de hecho de la prohibición de lesión ambiental a las propiedades vecinas, debe conectarse con lo dispuesto en el artículo 1908 CC» (FD Quinto)¹⁹⁸. Sin embargo, a mi juicio, el artículo 590 CC tiene

¹⁹⁵ Destaca como regulación bien significativa en materia de tutela vecinal preventiva, la dispuesta por el Código civil alemán, que, en el Libro Tercero «Derecho de cosas», Sección Tercera «Propiedad», Título Primero «Contenido de la propiedad», que, tras ocuparse del régimen de las inmisiones (por ejemplo, de ruido y trepidaciones) procedentes de otra finca (§ 906 BGB); dedica el elocuente § 907 BGB, a las instalaciones que suponen una amenaza de perjuicio. En efecto, a tenor de la primera parte del citado párrafo «El propietario de una finca puede exigir que no se establezcan ni se mantengan sobre las fincas vecinas instalaciones de las que ha de preverse con seguridad que su existencia o su aprovechamiento va a tener por resultado una inmisión prohibida sobre su finca [...]».

¹⁹⁶ Adviértase, sin embargo, que no es la única norma en el Código civil en la que se aprecia un carácter preventivo, existen otras, en concreto, en el Capítulo V (*De los edificios ruinosos y de los árboles que amenazan caerse*) en el Título II (*De la propiedad*) del Libro II, se trata de los artículos 389 y 390 del Código civil; en el artículo 389 CC se obliga al propietario a la demolición o a ejecutar obras para evitar la caída de edificio, pared, columna o cualquier otra construcción que «amenazase ruina» y el artículo 390 CC, que obliga al dueño a arrancar y retirar el árbol corpulento «que amenazare caerse de modo que pueda causar perjuicios a una finca ajena o a los transeúntes por una vía pública o particular». No en vano, LACRUZ BERDEJO, al ocuparse de la «Delimitación legal del dominio», dedica un apartado a la «Prevención del riesgo y responsabilidades por razón de dominio» y, precisamente, advierte que el dueño tiene que precaver diligentemente la eventualidad de que la cosa de su propiedad cause daños y analiza los artículos 389 y 390 CC, que se refieren a la situación de «riesgo pendiente» y el artículo 391 CC —mediante una remisión a los anteriores— sobre el supuesto de «riesgo producido». LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*. III. *Derechos Reales*, vol. primero: *posesión y propiedad* —nueva edición revisada y puesta al día por Agustín LUNA SERRANO—, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 275 y 276.

¹⁹⁷ ALONSO PÉREZ, M., «Las relaciones de vecindad», *op. cit.*, p. 387.

¹⁹⁸ RJ 2011\1317. También, al comentar el artículo 590 CC, COCA PAYERAS, advierte como el efecto de la contravención del precepto es el indemnizatorio; pero reconoce que su sede es el artículo 1908 CC, por lo que concluye reconociendo que esta opción es «téc-

sustantividad propia, para la consecución de una tutela preventiva frente a inmisiones dañosas, al margen del artículo 1908 CC, como se puede inferir de algunas de sus expresiones: «ejecutar obras de resguardo» (590.1.º *in fine* CC) o a la obligación de tomar las «precauciones que se juzguen necesarias [...], a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos» (art. 590.2.º CC)¹⁹⁹. En este sentido, Fernández Urzainqui, precisa que la condena al resarcimiento derivada de los artículos 1902 y 1908 CC llevará aparejada la imposición de las medidas omitidas en inobservancia del artículo 590 CC, a fin de evitar la reiteración de sus intolerables consecuencias²⁰⁰. Destaco el caso resuelto por la STS 19 julio 2006, cuyo supuesto de hecho del que parte el litigio tiene encaje en el artículo 590 CC, que estimó infracción de las limitaciones del dominio por razón de vecindad, debido a las inmisiones nocivas producidas por equinos de un establo situado en el sótano de una vivienda integrada en una urbanización. Sin embargo, en el caso de autos, el Tribunal Supremo no se limitó a la consideración del citado precepto, sino que apeló a normas y principios generales del ordenamiento, como las exigencias de la buena fe y la proscripción del abuso del derecho, al tiempo que dio virtualidad al principio «alterum non laedere», fundamento de la responsabilidad extracontractual «que tiene su plasmación normativa en los artículos 1902 y siguientes del Código civil y que en el seno de las relaciones de vecindad tiene su concreto reflejo en el artículo 1908 CC». En el caso resuelto, el Tribunal Supremo concluyó con la exigencia de un completo

nicamente laudable porque en este artículo 590 CC no aparece como elemento del supuesto la causación de un daño sino *la simple actividad generadora de riesgo*. COCA PAYERAS, M., «Comentario al artículo 590 del Código civil», *Comentario del Código civil*, t. I (2.ª ed.), Ministerio de Justicia, Madrid. 1993, p. 1498. Nótese como, una vez más, se reconoce el carácter preventivo de este precepto.

¹⁹⁹ En efecto, ALONSO PÉREZ, reconoce que la norma del artículo 1908.2.º CC se mueve en un ámbito distinto del artículo 590 CC «aunque ambos preceptos tengan como sustrato común la relación vecinal». ALONSO PÉREZ, M., «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1987», *CCJC*, 15, núm. 407, 1987, p. 5266. También, para MASFERRER, se trata de preceptos distintos por su finalidad y ubicación sistemática, pero en conexión, ya que el artículo 590 tiene una finalidad netamente preventiva respecto a la producción de ciertas inmisiones, así que, de producirse un daño a causa de estas, debería aplicarse el artículo 1908 CC, a fin de reparar el daño causado. MASFERRER, A., «Las inmisiones en el Derecho español (1850-2000)», *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia. 2011, p. 1591.

²⁰⁰ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral», *op. cit.*, p. 160. El mismo autor, reitera que en nuestro Derecho civil general la tutela preventiva aparece dispensada por el artículo 590 CC, en *La tutela civil frente al ruido*, *op. cit.*, p. 120. También, NAVARRO MENDIZÁBAL, afirmó, al estudiar el artículo 590 CC que «su fundamento último es la prevención de inmisiones perjudiciales y los otros posibles objetivos solo son medios, que lógicamente se deben supeditar al fin e incluso ser superados si se muestran inoperativos». NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., *Las inmisiones y molestias medio ambientales. Tutela preventiva civil*, UPCO Dykinson, Madrid. 1997, p. 406.

resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados, que conllevo, ante todo, la cesación del acto lesivo y de sus efectos «pues en modo alguno se puede proporcionar la plena indemnidad al perjudicado si se permite la pervivencia del hecho ilícito causante del daño y la continuidad de sus efectos lesivos» (FD Primero)²⁰¹.

Aun sin expresa mención al artículo 590 CC, la idea de que la reparación del daño mediante la correspondiente indemnización debe llevar aparejada la adopción de las precauciones que se juzguen necesarias para evitar daños (*ex art. 590.2.º CC*), puede entenderse implícita en jurisprudencia reiterada y sin fisuras de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Es muy expresiva la antigua STS 23 junio 1913, que, en relación a los daños causados por humos excesivos del carbón mineral, empleado para el funcionamiento de hornos de cocer pan de una casa contigua a la de los demandantes, condena a los propietarios, no solo a la indemnización de los daños, sino también, a la adopción de las medidas necesarias para evitarlos, ya que «es indudable el deber en que se encuentran de indemnizar dichos daños, así como el de adoptar las disposiciones necesarias para evitar que continúen produciéndose, ya reformando los repetidos hornos o sus chimeneas, ya poniendo en práctica otras medidas conducentes al mismo fin» (Considerando Primero)²⁰². Del incumplimiento de esta obligación de adoptar las medidas necesarias en evitación de daños responderán sus autores, se tratará de una responsabilidad extracontractual o aquiliana, con fundamento en el artículo 1902 CC. Así, como declaró el Tribunal Supremo en la STS 24 febrero 1928 «la obligación que establece dicho artículo 1902 alcanza al dueño de una cosa que por omitir los medios conducentes a la desaparición o corrección de los vicios o defectos de que adolezca o por no emplear los procedimientos adecuados para evitar las consecuencias, da lugar a que se produzcan los daños» (Considerando Quinto)²⁰³. Con cita de estas dos Sentencias del Tribunal Supremo de 1913 y de 1928, la significativa STS 12 diciembre 1980 consideró que dichas resoluciones «han dado viabilidad a la acción de condena, a la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación de las inmisiones ilícitas». Asimismo, con fundamento en los casos resueltos por otras Sentencias del Tribunal Supremo²⁰⁴, recuérdese como la misma STS 12 diciem-

²⁰¹ *RJ* 2006\4731.

²⁰² *JC* 1913, t. 127, núm. 136.

²⁰³ *JC* 1928, t. 181, núm. 114.

²⁰⁴ Se trata de las STS de 23 diciembre 1952 (*RJ* 1952\2673), de 5 abril 1960 (*RJ* 1960\1670) y de 14 mayo 1963 (*RJ* 1963\2699). Tanto en la STS de 1952 como en la STS de 1963, en relación a los daños causados por instalaciones fabriles defectuosas, el Tribunal ordena que se ponga término a la causa productora de los daños para que no con-

bre 1980 concluyó que «la protección de los derechos, como sin duda lo es el del dominio, *no se contrae exclusivamente a la reparación de los perjuicios ya originados, sino que también ha de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales*» (Considerando Tercero) –la cursiva es añadida–²⁰⁵. Es decir, no solo procedería la reparación del daño extracontractual (*ex arts. 1902 ss. CC*), sino también la adopción de medidas necesarias para evitar daños futuros. En este sentido, Díez-Picazo Giménez, aun reconociendo que el Derecho civil positivo y el sistema de responsabilidad vigente poco pueden hacer en relación a la reparación de daños al medio ambiente, admite la utilización de acciones que lo protegen, aunque «de manera indirecta»; así, cita entre otras, para lo que a este apartado importa, las acciones de cesación, de no reiteración de la actividad dañosa: «que son consecuencia lógica de ejercitar el artículo 1902 del Código civil cuando haya habido un daño por contaminación»²⁰⁶.

Por lo demás, la tutela vecinal preventiva, frente a una situación de riesgo o peligro, también aparece sancionada por el Fuero Nuevo de Navarra, que, en la ley 367, al regular las «Limitaciones en inmuebles», establece como *principio general* que «Los propietarios u otros usuarios de inmuebles no puede causar riesgo a sus

tinúan produciéndose; comparten ambos fallos la misma doctrina, a saber: «no comete el Tribunal “a quo” la infracción que pretende [...] el motivo del recurso al condenar a la demandada a que ponga término inmediato a las causas productoras de esos daños, porque esto es una consecuencia lógica y legal de la reclamación contra un acto antijurídico [...], y una vez que se ha reclamado ante los Tribunales no pueden estos permitir que tal perjuicio siga produciéndose, pues de lo contrario sería paradójico que se ordenase la reparación por indemnización de un acto tolerable». Pero, sobre todo, destaco la doctrina que se sigue de la STS 5 abril 1960, en relación a los daños y perjuicios causados por las aguas procedentes de lavado de mineral de plomo que ocasiona la muerte de varias cabezas de ganado equino, cuando admite que «se ejercita en la demanda una doble *acción dirigida de un lado a obtener la oportuna indemnización de los daños y perjuicios* por muerte de las nueve cabezas de ganado equino [...], debida al envenenamiento de las aguas y pastos producida por la factoría de plomo [...] y de otro, que [...] se adopten [...] las medidas necesarias o precautorias enderezadas a que no se repita el evento dañoso, pretensiones que, enlazadas entre sí, por ser una consecuencia de la otra, fueron plenamente estimados en los dos grados de jurisdicción al amparo del artículo 1902 del Código civil» (Considerando Primero).

²⁰⁵ *RJ* 1980/4747. Fallo que resolvió un caso en el que se indemnizaron daños y perjuicios por emanaciones de gas desprendidos de industria. También, se infiere la importancia del complemento a la indemnización que tiene la adopción de medidas necesarias en prevención de daños, de la STS 15 marzo 1993 (*RJ* 1993/2284), en un supuesto de daños causados por inmisiones ilícitas que producen el deterioro de plantaciones por emanaciones de gas y polvos arcillosos procedentes de fábricas de azulejos, el Tribunal Supremo, confirma la sentencia de la Audiencia y condena a las demandadas además de a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, «a que adopten a la mayor brevedad las medidas correctoras del orden que sea en sus instalaciones para evitar en el futuro la producción de daños como los denunciados en la demanda inicial» (FD Primero).

²⁰⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente», *op. cit.*, p. 1420.

vecinos [...]». Por otra parte, el Derecho civil catalán no permanece al margen de la relevancia de la adopción de medidas preventivas, aunque no se refiera expresamente a ellas, sí permite que los propietarios puedan disponer medidas para atenuar los daños, medidas que, indudablemente se adoptarán en prevención del daño actual o, sobre todo, futuro. En efecto, en el Libro Quinto del CC de Cataluña, relativo a los derechos reales, al regular las «Inmisiones legítimas» en el artículo 546-14, dispone en su apartado 4 que «Según la naturaleza de la inmisión [...], los propietarios afectados, pueden exigir [...] que [la inmisión] se haga en el día y el momento menos perjudiciales y pueden adoptar las medidas procedentes para atenuar los daños a cargo de los propietarios vecinos»²⁰⁷. Además, si la actividad que causa la inmisión está autorizada administrativamente, las medidas protectoras del propietario afectado no desaparecen por efecto del acto administrativo –argumento utilizado habitualmente por la parte demandada–, aunque se vea disminuido, así, el apartado 5 de este mismo artículo 546-14, faculta a los propietarios afectados por las inmisiones, a pesar de provenir de instalaciones autorizadas administrativamente, además de a la posibilidad de solicitar la indemnización de los daños, «para solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar las consecuencias dañosas», asimismo, subsidiariamente, si tales consecuencias no pueden evitarse, los propietarios tienen derecho a una compensación económica «por los daños que puedan producirse en el futuro»²⁰⁸. Por lo que

²⁰⁷ Como apunta, al comentar esta disposición, SEUBA TORREBLANCA, si bien la inmisión debe ser tolerada [por ser legítima –obsérvese que el artículo 546-14, regula las «Inmisiones legítimas»-], los propietarios disponen de una acción de indemnización y de la posibilidad de exigir que se atenúe, si es posible, la inmisión. Explica el autor que la atenuación, a su vez, puede conseguirse mediante dos mecanismos: la exigencia de que se haga en el momento menos perjudicial para el afectado y la adopción de las medidas procedentes para disminuirla: «El primero [...] responde a una razón meramente económica: la molestia desaparece (o se atenúa) si se realiza en el momento que, por las razones que fueren, no afecta al propietario, *sin que sea necesario llegar a ejecutar actividad material alguna*. El segundo [...], supone realizar una *actividad tendente a reducir la molestia* “según la naturaleza de la inmisión”» –la cursiva es añadida–. SEUBA TORREBLANCA, J. C., «Comentario los artículos 546-13 y 546-14 del CC de Cataluña», Antonio GINER GARGALLO (Dir.) y Vicenç CLAVELL HERNÁNDEZ (Coord.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, t. I (Arts. 511-1 a 552-12), *Registradors de Catalunya* Bosch, Barcelona. 2008, pp. 657 y 658.

²⁰⁸ Este precepto, apartado 5 del artículo 546-14 CC Cat., tiene su antecedente, en el apartado 5 del artículo 3 de la Ley 13/1990, de 9 de julio, catalana, de regulación de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad –derogada por la Disposición Derogatoria c) de la Ley 5/2006, 10 de mayo, que aprueba el Libro Quinto del CC Cat. relativo a los derechos reales–, artículo 5.3 aplicado por la STSJ Cataluña 3 octubre 2002 (RJ 2003\650), en un supuesto de daños causados por inmisiones acústicas producidas por megafonía, por voces del jacuzzi y vestuarios y por el exceso de calor, olor a cloro y daños por oxidación, que, sin ordenar el cese de la actividad desarrollada en el centro deportivo, sí lo obligó a que realizase las obras necesarias para suprimir o reducir al máximo las perturbaciones, además, de a indemnizar a los actores por los daños morales

atañe al Derecho aragonés, destaca el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón, en el Libro Cuarto, porque entre las materias de las que se ocupa está, como reconoce en su Preámbulo (apartado VI, punto 38), una «con entidad propia [...] más amplia y de muy superior incidencia en la vida jurídica, [que] se centra en las relaciones de vecindad [...]» y ya por lo que respecta a una disposición de carácter preventivo en esta regulación, destaco, dentro del Capítulo I (*Disposiciones generales*), Título I (*De las relaciones de vecindad*) del citado Libro IV (*Derecho patrimonial*), el artículo 538, con la rúbrica «Del uso adecuado de los inmuebles o sitios», cuando declara que «Los propietarios de inmuebles o sitios y los titulares de cualquier otro derecho real o personal de uso y disfrute de los mismos, en el ejercicio de sus derechos, no pueden causar riesgo [...]».

En fin, a mi juicio, tanta relevancia tiene la indemnización propiamente dicha del daño efectivamente producido, como la adopción de las medidas pertinentes, tanto las de prevención o precaución, anteriores a la producción del daño, como las de evitación de la reiteración de las consecuencias perjudiciales o dañosas.

5.7 EL CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DE INMISIONES

Por lo que atañe a la naturaleza de la responsabilidad derivada de inmisiones dañosas, que, normalmente, llevan aparejado el riesgo, participa del carácter objetivo predicable de la sancionada en el artículo 1908.2.º del Código civil, que hace responder a los propietarios de los daños causados «Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades»²⁰⁹. Matiza esta consideración De Ángel Yágüez, al estimar que, probablemente, no se trate tanto de una responsabilidad de este carácter [objetiva] «sino de una precursora aplicación de la responsabilidad por riesgo, con

sufridos. En relación a la compatibilidad de estas acciones, destaco el argumento de la SAP Barcelona 14 enero 2002 (*JUR* 2002\110540), que la citada STSJ Cataluña confirmó íntegramente «Dichas acciones no son incompatibles ni excluyentes pues nada obsta a pedir la adopción de las medidas necesarias para que dejen de producirse las inmisiones sustanciales provenientes de instalaciones autorizadas administrativamente [...] con la acción de reparación de los daños materiales y morales ya causados hasta entonces conforme a los artículos 1902 y concordantes del Código civil» (FD Segundo).

²⁰⁹ Precisamente, para SANTOS BRIZ, las expresiones que utiliza el artículo 1908 CC indican un enfoque claramente subjetivo; en cambio, respecto de los «humos excesivos» (*ex art. 1908.2.º CC*), aparece más claro el carácter de responsabilidad por riesgo o responsabilidad «objetiva atenuada». SANTOS BRIZ, J., «Comentarios a los artículos 1907, 1908 y 1909 del Código civil», *op. cit.*, pp. 636-639.

aplicación de una inversión de la carga de la prueba que puede tener consecuencias prácticas similares a las de una auténtica responsabilidad objetiva»²¹⁰. Sin embargo, como a continuación se observará, la jurisprudencia al respecto no duda en la configuración de la responsabilidad como de objetiva, sin más aditamentos, al menos, en alguno de los supuestos del artículo 1908 CC²¹¹.

En efecto, es constante la jurisprudencia que ratifica el carácter objetivo de la responsabilidad por aplicación del artículo 1908.2.º CC, precisamente, en el ámbito de daños medioambientales, por todas, destaco la tan citada STS 12 diciembre 1980 que, en un supuesto de daños por inmisiones, declaró que procedía la «indemnización debida prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad con nota objetiva» (Considerando Tercero)²¹². En concreto, aplicó el apartado 2.º del artículo 1908 CC la STS 24 mayo 1993, que fue donde el caso litigioso encontró una subsunción o incardinación específica, al reconocer el Tribunal Supremo que «configura un supuesto de responsabilidad de claro

²¹⁰ El mismo autor, más adelante, después de reconocer que la jurisprudencia reciente, abundante en los últimos tiempos, demuestra una clara tendencia hacia la responsabilidad civil por daños a personas o cosas como consecuencia de agresiones al medio ambiente, afirma que «Se menciona a veces la expresión de responsabilidad objetiva, o de casi idéntica a ella, y desde luego es constante la invocación de la presunción *iuris tantum* de culpa en el demandado». ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE, «Comentario al artículo 1908 del Código civil», *Comentario del Código civil*, t. II (2.ª ed.), *op. cit.*, pp. 2046 y 2049.

²¹¹ También la doctrina se decanta por un sistema de responsabilidad objetiva, así, por ejemplo, en su estudio monográfico sobre daños medioambientales, GOMIS CATALÁ, considera el sistema de responsabilidad objetiva como el más apropiado en materia de daños al medio ambiente y estima que los mecanismos de responsabilidad objetiva simplifican el establecimiento de la responsabilidad porque eximen de demostrar la existencia de verdadera causa de exención. Por otra parte, a la autora, al estudiar los denominados «riesgos de desarrollo» como posible causa de exención de responsabilidad, le parece justo que la actividad del sujeto agente sea juzgada de acuerdo con los parámetros científicos y técnicos del momento en que se produce. Así, dice, los sectores afectados por un sistema de responsabilidad objetiva reclaman ese motivo de exención de responsabilidad, habida cuenta de la velocidad con que el desarrollo de los avances científicos y tecnológicos se vienen produciendo en las últimas décadas, lo que hace imposible prever, en la mayoría de los casos cuáles van a ser los efectos a medio y largo plazo de determinadas actividades peligrosas; por tanto concluye que la reparación del daño que se produce al amparo de esta excepción admitida, debería someterse a los mecanismos de indemnización conjunta con el fin de que alguien (la colectividad, o el conjunto de operadores) resuelva la situación. GOMIS CATALÁ, L., *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona. 1998, pp. 98 ss. y 142-145. En relación a los denominados «riesgos de desarrollo», convengo con la consideración al respecto de JORDANO FRAGA, que, al diseñar cuál sería un régimen jurídico ordenado de daños ambientales, considerados estos como lesiones del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, después de señalar que uno de los ejes estará en decantarse porque la responsabilidad por daño ambiental deba ser objetiva y solidaria, opina que «Los denominados riesgos de desarrollo como causa de exoneración (con sus distintas apariencias diabólicas) deben excluirse del sistema de responsabilidad por daño ambiental. Esta cláusula de exención de responsabilidad es altamente discutible». JORDANO FRAGA, J., «Responsabilidad por daños al medio ambiente», *op. cit.*, pp. 456 y 457.

²¹² RJ 1980\4747.

matiz objetivo, por razón del riesgo creado»²¹³. También, afirmó el carácter objetivo de esta responsabilidad, la representativa STS 28 enero 2004, cuando de forma rotunda afirma que «el artículo 1908 del Código civil consagra una responsabilidad claramente objetiva, respecto a la agresión al medio ambiente [...] dicho artículo configura un supuesto de responsabilidad de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado» (FD Quinto)²¹⁴. En este sentido, de especial interés es el caso resuelto por la STS 14 marzo 2005, que ante los daños derivados de inmisiones industriales, estimó la existencia de agresión al medio ambiente y la procedencia de responsabilidad objetiva, precisamente, con fundamento en el artículo 1908.2.º CC y aclara que «trata de una responsabilidad de carácter objetivo, que se impone al propietario, o más bien al empresario, titular de la empresa causante de los humos o emanaciones, es decir, de la agresión al medio ambiente», además, recuerda que «en la responsabilidad civil, el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no la excluye si se ha producido, como en el presente caso, el daño» (FD Cuarto)²¹⁵. Al comentar esta Sentencia, Ruda González, apostilla que el citado precepto «no establece una regla de responsabilidad sino varias»²¹⁶.

²¹³ *RJ* 1993\3727. El apartado 2.º del artículo 1908 CC establece la responsabilidad de los propietarios por «los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades». Esta Sentencia del Tribunal Supremo, apreció la responsabilidad extracontractual por daños producidos en las fincas de diversos propietarios como consecuencia de las emanaciones de flúor y otros gases tóxicos procedentes de la factoría de aluminio de las entidades demandantes, sita en San Ciprián (Lugo), «pues aunque cuantitativamente los humos y los gases expelidos por las fábricas [...] hayan respetado los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cuantitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar daños a terceros» (FD Cuarto). Asimismo, incardinó la cuestión debatida en el número 2 del artículo 1908 CC, la STS 15 marzo 1993 (*RJ* 1993\2284), en un supuesto de daños derivados de inmisiones ilícitas y deterioro de plantaciones por las emanaciones de gas y polvos arcillosos de fábricas de azulejos, y concluyó que se trataba de una responsabilidad «de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, que establece el núm. 2 del artículo 1908 del Código civil» (FD Tercero).

²¹⁴ *RJ* 2004\153. Para concluir con tal matiz objetivo de esta responsabilidad, la STS de 2004 reitera la doctrina de dos STS, a las que se remite, se trata de sendas Sentencias, que resolvieron supuestos de responsabilidad por daños medioambientales, STS 24 mayo 1993 (*RJ* 1993\3727) y STS 7 abril 1997 (*RJ* 1997\2743), que asimismo reconocieron la existencia de responsabilidad extracontractual por daños en fincas agrícolas por la emisión de humos y gases expelidos por fábrica de productos químicos.

²¹⁵ *RJ* 2005\2236. Sobre la irrelevancia de la existencia de previa licencia administrativa para la apreciación del daño, cfr., el apartado 4.2. del presente estudio.

²¹⁶ Aprovecha la ocasión el autor para hacer un rastreo del artículo 1908 CC y llegar a las siguientes conclusiones: el apartado 1.º del artículo 1908 –responsabilidad por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia y por la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado–, considera que no puede afirmarse sin ambages que establece una responsabilidad objetiva, en especial, porque la alusión expresa a la diligencia, parece indicar que se trata de responsabilidad por culpa; de un modo similar, en relación al apartado 4.º del artículo 1908 –responsabilidad por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infec-

La doctrina en general configura la responsabilidad por daños medioambientales como objetiva; en este sentido, Santos Briz, observó como de la responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente deriva una indemnización que no queda condicionada a una reprochabilidad subjetiva que radica en la conducta del sujeto, sino que ha de verse su fundamento en una responsabilidad por riesgo o plenamente objetiva, según los casos, desviándose así del clásico principio de la culpa y concluyó que el daño ecológico deriva en definitiva de las cosas que crean permanentemente un riesgo de degradación del medio ambiente, respondiendo el que se sirve de ellas o las tiene a su cuidado, generalmente a virtud de una responsabilidad por riesgo²¹⁷. Si el autor puntualizaba que donde aparecía más claro el matiz objetivo de la responsabilidad derivada del artículo 1908 CC era en su ordinal segundo, al referirse a la responsabilidad por «los humos excesivos»²¹⁸; va más allá Cabanillas Sánchez, al apreciar que «La objetivación de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente tiene apoyo en la propia Constitución, al referirse el artículo 45, al margen de su contenido subjetivo, a la obligación de reparar el daño causado»²¹⁹.

tantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuvieren-, advierte que, de nuevo, la idea de diligencia está presente; respecto del apartado 3.º del artículo 1908 –responsabilidad por *la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor*-, aprecia, con acierto, que este apartado poco o nada tiene que ver con la protección al medio ambiente; en conclusión, considera que solo una de las reglas del artículo 1908 establece una norma de responsabilidad objetiva, a saber, la regla 2.ª del artículo 1908: responsabilidad «Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades», en la que reconoce que «la idea de culpa o negligencia no aparece por ningún lado». RUDA GONZÁLEZ, A., «Comentario a la STS 14 marzo 2005», *CCJC*. 2006, 71, núm. 1888, pp. 707 y 708. También, PEÑA LÓPEZ, reconoce que la regla 2.ª del artículo 1908 CC admite fácilmente una interpretación que lo configura como un supuesto de responsabilidad objetiva. PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1908 del Código civil», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código civil. T. IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, p. 13040.

²¹⁷ SANTOS BRIZ, J., «Comentarios a los artículos 1907, 1908 y 1909 del Código civil», *op. cit.*, p. 634.

²¹⁸ SANTOS BRIZ, J., «Comentarios a los artículos 1907, 1908 y 1909 del Código civil», *op. cit.*, pp. 636 ss.

²¹⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento», *Revista Española de Seguros*, julio/septiembre. 1988, núm. 55, p. 39.

5.8 PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES: ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL *DIES A QUO*, EN EL CASO DE DAÑOS CONTINUADOS O DE PRODUCCIÓN SUCESIVA E ININTERRUMPIDA

Aunque en este epígrafe se estudia la prescripción de las acciones en defensa de los derechos derivados de las relaciones de vecindad, tanto para exigir responsabilidad civil por daños causados por inmisiones, como para el ejercicio de las acciones negatoria y de cesación; cumple puntualizar que entre los caracteres definitorios del «Derecho de vecindad» está la imprescriptibilidad. Como reconoció Fernández Urzainqui, precisamente porque las limitaciones derivadas de la vecindad son inherentes, consustanciales u ontológicas al derecho de propiedad, al punto de conformar su normal contenido, ha sido común en la doctrina y la jurisprudencia la afirmación de su imprescriptibilidad: «El no uso de los poderes en que aquellas limitaciones se traducen no lleva, en principio o como norma, aparejada su pérdida para el titular al que le corresponden»²²⁰. También, los Tribunales de Justicia han considerado a la «imprescriptibilidad» como uno de los caracteres definitorios en la moderna concepción de las relaciones de vecindad²²¹.

A continuación, se analizarán someramente los distintos plazos de prescripción, porque cuando se trata del estudio de las inmisiones en el Derecho de vecindad confluyen diferentes remedios de los que puede valerse el perjudicado por los actos dañosos o perjudiciales, en particular, se estudiarán los plazos de la acción resarcitoria de daños y perjuicios, de la acción negatoria o de la de cesa-

²²⁰ Aclara el autor que si el transcurso del tiempo sin edificar no impide al propietario construir en su predio y dotar al edificio construido de los huecos de ordenanza, su prolongada tolerancia por el propietario colindante no le impide cubrirlos en cualquier momento edificando en su terreno o levantando pared contigua; en otro orden de cosas, dice, la pasividad o permisividad frente a la construcción o plantación a distancia inferior a las prevenidas en los artículos 590 y 591 CC, aun mantenida largo tiempo, no impide en principio al propietario limítrofe instar su derribo o arranque. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral», *op. cit.*, pp. 135-137, en especial. También, GONZÁLEZ-ALEGRE, cita como uno de los caracteres de «las relaciones de vecindad», su imprescriptibilidad. GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., *Las relaciones de vecindad*, Ediciones Nauta, Barcelona. 1967, pp. 77 y 78.

²²¹ Así, la SAP Granada 5 octubre 2002 (*JUR* 2002\286462), como caracteres que definen las relaciones de vecindad entre los predios, incluye «que son imprescriptibles, y ello porque las limitaciones derivadas del derecho de vecindad se integran en el derecho de dominio, de la propiedad, formando así su normal contenido»; también, la STSJ Navarra 17 mayo 2006 (*RJ* 2006\4500) declaró que «la normalidad, generalidad, reciprocidad e imprescriptibilidad de su exigencia entre predios contiguos o vecinos son rasgos propios o definitorios de las relaciones de vecindad que las distinguen de las servidumbres»; o la SAP Cádiz 30 junio 2010 (*JUR* 2010\355869), que se refiere a los caracteres definitorios de la moderna concepción de la vecindad: «inherencia a la propiedad, generalidad e igualdad, reciprocidad, modificabilidad convencional e imprescriptibilidad».

ción, asimismo, se hará especial mención al *dies a quo* en caso de daños de producción sucesiva.

Por lo que atañe a la prescripción, la acción resarcitoria se halla sujeta al plazo prescriptivo común de las acciones de su clase que contempla el artículo 1968.2.º CC, al disponer que «Prescriben por el transcurso de un año. 2.º La acción para exigir responsabilidad civil por [...] las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado». Como reconoce la doctrina, el número 2.º del artículo 1968 CC recoge una regla general de carácter subjetivo –frente a la regla del artículo 1969, de carácter objetivo: «desde el día que pudieron ejercitarse»–. «Para las acciones de reclamación de daños el plazo de prescripción comienza “desde que lo supo el agraviado”, es decir, desde que tuvo conocimiento del acto perjudicial»²²². Sin embargo, si la acción ejercitada es la negatoria, estaría sujeta al plazo de prescripción de treinta años que fija, en relación a los bienes inmuebles, el artículo 1963 del Código civil²²³.

No obstante, a mi juicio sería deseable la unificación del plazo de prescripción, en general, para todas las acciones tendentes a la subsanación de los perjuicios derivados de las relaciones de vecindad. Por lo que respecta al Código civil de Cataluña, en el Libro Quinto, relativo a los Derechos reales, en relación a las inmisiones, dispone en el artículo 546-14.7 que «La pretensión para reclamar la indemnización por daños y perjuicios o la compensación económica a que se refieren los apartados 3 y 5 prescribe a los tres años, contados a partir del momento en que los propietarios tengan conocimiento de las inmisiones»²²⁴. Y por lo que atañe a la acción nega-

²²² DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al artículo 1968 CC», en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid. 2010, pp. 2133 y 2134.

²²³ Aunque como apunta CABANILLAS SÁNCHEZ, nuestra jurisprudencia civil no establece esta distinción, refiriéndose exclusivamente al plazo de prescripción de un año que determina el artículo 1968.2.º CC «ya que [...] contempla la cesación de la perturbación causada por quien da origen a una inmisión desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual». Asimismo, el autor, estima que cuando las inmisiones causan daños a personas, perjudicando su salud, tanto física, como mental, e incluso ocasionando la muerte del perjudicado, la acción es imprescriptible «porque la salud y la vida son bienes o derechos de la personalidad y estos son imprescriptibles». CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La reparación de los daños al medioambiente*, *op. cit.*, pp. 117-121.

²²⁴ Según el apartado 3 de este artículo 546-14, los propietarios afectados por inmisiones que deban tolerarse por ser consecuencia de un uso normal, tienen derecho a una indemnización por los daños producidos en el pasado y una compensación económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los que puedan producirse en el futuro «si estas inmisiones afectan exageradamente al producto de la finca o al uso normal de esta, según la costumbre local» y el apartado 5 del mismo precepto, faculta a los propietarios afectados por inmisiones sustanciales que provienen de instalaciones autorizadas administrativamente, para solicitar la adopción de medidas posibles y razonables para evitar consecuencias dañosas, así como para solicitar la indemnización por los daños producidos y si las consecuencias no pueden evitarse, los propietarios tienen derecho a una compensación

toria, en su vertiente de *cesación*, es imprescriptible, pese a no mencionar la imprescriptibilidad como tal, al disponer el artículo 544-7.1 que «La acción negatoria puede ejercerse mientras se mantenga la perturbación, salvo que, tratándose de un derecho usucapible, se haya consumado la usucapión»; mientras que se señala plazo de prescripción para la reclamación de daños y perjuicios, así, el artículo 544-7.2 dispone que «La pretensión para reclamar la indemnización por los daños y perjuicios producidos prescribe a los tres años, a contar desde que los propietarios tengan conocimiento de la perturbación»²²⁵. A pesar de que el plazo de prescripción de tres años se cuenta, en el caso de la acción por inmisiones, «a partir del momento en que los propietarios tengan conocimiento de las inmisiones» (art. 546-14.7) y en el mismo sentido, en el caso del artículo 544-7.2, la pretensión de reclamar daños y perjuicios, prescribe a los tres años «a contar desde que los propietarios tengan conocimiento de la perturbación», estimo que el *dies a quo* para el cómputo de este plazo, como ocurre con la acción de reparación por daños y perjuicios (*ex art. 1968.2.º CC*), si los daños son calificados de continuados, será desde «la verificación total» (del daño) –cuestión que se tratará, en este mismo epígrafe–²²⁶.

Por otra parte y por lo que atañe al Código del Derecho Foral de Aragón, al regular las relaciones de vecindad, dispone que «No se extinguen por prescripción las acciones para exigir la correcta observancia de las relaciones de vecindad» (art. 537.3). Ahora bien, estimo que más que un plazo de prescripción extintiva de

económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los daños que puedan producirse en el futuro.

²²⁵ Adviértase, en relación al contenido de la acción negatoria, que el artículo 544-6 CC Cat., en el apartado 2, señala que «Puede reclamarse en el ejercicio de la acción negatoria, además de la cesación de la perturbación, la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios producidos». También, según el CC de Cataluña, es imprescriptible la acción reivindicatoria «La acción reivindicatoria no prescribe, sin perjuicio de lo establecido por la presente Ley en materia de usucapión» (art. 544-3). En relación al comentario de estos preceptos, cfr., LAUROBA LACASA, E., «Comentario a los artículos 544-3 a 544-7 del CC de Cataluña», ANTONIO GINER GARGALLO (Dir.) y VICENÇ CLAVELL HERNÁNDEZ (Coord.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, t. I (Arts. 511-1 a 552-12), *Registradors de Catalunya* Bosch, Barcelona, 2008, pp. 543-563.

²²⁶ Precisamente, con cita de los artículos 544-7 y 546-14.7 del CC de Cataluña, en relación a la prescripción de la acción negatoria y la derivada de inmisiones, respectivamente, para descartar su aplicación y con estimación de la existencia de daños «continuados», la SAP Barcelona 28 diciembre 2012 (*JUR* 2013/66330), aplicó el plazo de prescripción previsto por el artículo 121-21 CC Cat. –del Libro Primero, de Disposiciones generales, prescripción y caducidad (Ley 29/2002, 30 diciembre)–, que señala un plazo de tres años para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, al tiempo que descartó que se hubiese producido la prescripción de la acción, por tratarse de daños «continuados». En el caso resuelto, los daños se produjeron por la caída de hojas en fundo propio de árboles sitos en el vecino, que provocaban daños y perjuicios causados por humedades, que resultaban acreditados por fotografías acompañadas de un informe; en una de ellas se apreciaba un desconchón en la pared fruto de dichas humedades y se calificaron los daños como «continuados» (FD Segundo).

acciones, el precepto se está refiriendo a uno de los caracteres definitorios del Derecho de vecindad: la imprescriptibilidad, no en vano, en el Preámbulo de este Decreto Legislativo (apartado IV, número 39, con la rúbrica «Las relaciones de vecindad»), se proclama que las conductas permitidas y las situaciones toleradas de acuerdo con las reglas de la vecindad no son expresión o consecuencia de un particular derecho subjetivo ni propician su adquisición, son meras facultades o mero ejercicio de la libertad, que, por eso «ni consolidan *derechos ni el paso del tiempo impide el ejercicio de las acciones dirigidas a exigir la correcta observancia de las normas*» –la cursiva es añadida–. Es decir, la imprescriptibilidad se refiere a las acciones «para exigir la correcta observancia de las relaciones de vecindad» (art. 537.3); pero no al plazo de prescripción de acciones para exigir el resarcimiento de los daños derivados de las relaciones vecinales, por lo que, a falta de precepto al respecto, se aplicará supletoriamente el Código civil y, por lo tanto, los artículos 1902, 1908 y 1968. Recuérdese que al regular las fuentes jurídicas, el artículo 1.2 del Código del Derecho Foral de Aragón, dispone que «el Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan». En efecto, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, no dejó de remitirse al artículo 1902 del Código civil en materia de daños derivados de relaciones de vecindad y aunque en el supuesto enjuiciado no procedió la indemnización no se discutió la procedencia de traer a colación al artículo 1902 CC²²⁷.

Finalmente, por lo que se refiere al inicio del cómputo del plazo de prescripción, es constante la jurisprudencia que, cuando se trata del resarcimiento derivado de inmisiones dañosas, calificó tales daños como «continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida», sobre todo, desde la paradigmática STS 12 diciembre 1980, que calificó de esa manera los daños y perjuicios por emanación de gas desprendidos de industria y consideró que en el caso de daños continuados no ha dejado de sostener la doctrina científica el criterio de que «el día inicial de la prescripción será no el del comienzo

²²⁷ Por ejemplo, en la STSJ Aragón 12 febrero 2014 (RJ 2014\1817), en el caso resuelto, la demandante tenía la pretensión de ser indemnizada por la comunidad de propietarios por la poda de ramas de árboles y otros vegetales propiedad de la parte actora que sobrevolaban la finca de la comunidad. El Tribunal manifiesta, sin cuestionar la acción, que «la acción ejercitada en la demanda como fundamento de la reclamación de indemnización que efectúa se basa en la responsabilidad extracontractual, conforme al artículo 1902 del Código civil», aunque, finalmente, declaró la improcedencia de la responsabilidad extracontractual porque consideró que la ausencia de daño directo o de gasto del demandante que tenga la naturaleza de perjuicio que deba afrontar la demandada, implica la falta de daño, que es requisito esencial y previo a la posible declaración de responsabilidad extracontractual –cfr., los FD Segundo y Quinto, en particular–.

del hecho sino el de su verificación total»²²⁸. Además, en este fallo, el Tribunal Supremo distingue los daños continuados de los permanentes, aunque lo haga con redacción confusa; la distinción es transcendental porque repercutirá en el inicio del cómputo del plazo²²⁹. Mucho más clarificadora, en la descripción y diferenciación de ambos tipos de daños, es la STS 20 octubre 2015 que aunque no resuelva un caso de daños medioambientales²³⁰, resulta muy ilustrativa al perfilar los diferentes tipos de daños «continuados», por un lado y «permanentes», por otro; esta división puede resultar de utilidad, *mutatis mutandis*, cuando nos encontremos con supuestos de daños derivados de relaciones de vecindad, reconociendo que «la jurisprudencia retrasa el comienzo del plazo en supuestos de daños continuados [...] hasta la producción del definitivo resultado [...] cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida» y considera que el daño permanente es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado: «En este caso de daño duradero o permanente, el plazo de prescripción comenzará a correr “desde que lo supo el agraviado”, como dispone el artículo 1968.2.º CC, es decir, desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su transcendencia mediante un pronóstico razonable» (FD Cuarto)²³¹. Asimismo, se aplicó la

²²⁸ *RJ* 1980\4747, Considerando Cuarto. Para AMAT LLARI, esa brevedad del plazo, de un año, que dispone el artículo 1968 CC, es la razón que lleva a la jurisprudencia a intentar mitigar sus efectos estableciendo que el plazo empezará a contar no a partir de la producción del daño, sino a partir del momento en que el daño está totalmente verificado. AMAT LLARI, M.ª E., «La regulación de las inmisiones en el CC», *Centenario del Código civil (1889-1989)*, t. I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 99.

²²⁹ Así, señala que no pueden ser identificados los supuestos de «daños continuados» y «daños permanentes» u originados por la subsistencia en su efecto de un acto instantáneo, con aquellas situaciones en que «una serie de actos sucesivos provocan en su perjudicial progresión un resultado lesivo de nocividad más acusada que la simple suma de los respectivos agravios».

²³⁰ Como sí ocurrió en la STS 28 octubre 2009 (*RJ* 2009\5817), que en un caso de daños por inmisiones medioambientales, descartó que los daños fuesen «continuados» y los calificó de «permanentes», lo que resultó determinante para el inicio del cómputo del plazo –fallo del que me ocupo a continuación, en este mismo epígrafe–.

²³¹ *RJ* 2015\4226. Porque, como señala el Tribunal Supremo, de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, «vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción» –cfr., además, las STS 14 junio 2001 (*RJ* 2001\4973), 28 octubre 2009 (*RJ* 2009\5817)–. Esta STS de 2015, resuelve la demanda planteada por la Asociación de Víctimas de la Talidomida en España contra la empresa farmacéutica, reclamando indemnización derivada de las malformaciones que sufren los miembros de la asociación y, después de descartar que los daños fuesen «continuados» y calificarlos de «permanentes», concluyó con la prescripción de la acción porque, según el Tribunal, había transcurrido con creces el plazo de prescripción ya que se reclama una

jurisprudencia sobre daños «duraderos o permanentes» y declaró inaplicable a tal caso la relativa a «daños continuados» y, además, precisamente, en un caso de daños derivados de inmisiones medioambientales, la STS 28 octubre 2009, calificación que fue determinante para, después de apreciar la existencia de responsabilidad extracontractual, considerar que el término inicial para el cómputo del plazo (*dies a quo* [ex art. 1968.2.º CC]) fue el momento en el que el demandante necesariamente hubo de tener conocimiento del daño; eso es así, como dice el Tribunal Supremo, porque «elementales razones de seguridad jurídica, fundamento de la prescripción extintiva, se oponen a que si una determinada actividad causa un daño fácilmente detectable por el perjudicado [...], la acción de dicho perjudicado contra quien en su momento hubiera ejercido la actividad pueda permanecer viva indefinidamente mientras a lo largo del tiempo se van añadiendo factores del todo extraños a tal actividad y que sin duda alguna contribuyen a agravar el daño cuya indemnización se solicita»²³².

indemnización derivada de las malformaciones que sufren los miembros de la asociación, por lo que la consolidación del daño se produjo desde el mismo momento del nacimiento, en la mayoría de edad o, eventualmente, en el momento de su reconocimiento a efectos de declaración administrativa de incapacidad. También, en relación a la determinación del *dies a quo*, de inicio del plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual, la STS 14 julio 2010 (RJ 2010\5152), descartó la existencia de daños continuados y se decantó por la calificación de los daños como «duraderos o permanentes» (FD Quinto), con cita de la STS 28 octubre 2009, que se analiza en este apartado y con la misma doctrina. Aunque este fallo no resuelve un supuesto de daños medioambientales, sino que constituye una manifestación más de la aplicación del derecho de daños al ámbito familiar. En efecto, la acción que había prescrito, se ejerció contra la ex esposa por daños corporales y morales sufridos a consecuencia de la infidelidad de la esposa y el descubrimiento de la extramatrimonialidad de uno de los hijos inscritos como matrimoniales y la separación conyugal. Asimismo, en la STS 30 junio 2009 (RJ 2009\5490), en un caso en que la progenitora se traslada al extranjero e impide al otro progenitor el ejercicio de la guarda y custodia; pero en este caso sí se estimó que el daño era continuado y por lo tanto el cómputo del plazo no se inicia hasta la producción del resultado definitivo y mientras no desaparezca la causa determinante de dicho resultado antijurídico, por lo que estimó que la prescripción debe iniciarse (*dies a quo*) al año en que finalice el derecho a la guarda y custodia por cumplir el hijo la mayoría de edad, es decir, desde la extinción de la patria potestad (cfr., FD Segundo).

²³² RJ 2009\5817, FD Cuarto. En el caso de autos, se estimó la procedencia de la responsabilidad extracontractual derivada de la contaminación de acuífero, propiciada no solo por la actividad del demandado en la cantera sino también por otros muchos factores que van acumulándose en el tiempo, como la instalación de un vertedero en la antigua cantera, al que la demandada-recorrida es ajena y el abono con nitratos de todas las explotaciones agrarias que afectan al acuífero, entre ellas la de la propia actora. Sin embargo, rechazaron la existencia de daños permanentes y continuados, entre otras, las STS de 26 octubre 1971 (RJ 1971\4158) y de 16 julio 1991 (RJ 1991\5393), que con cita de la anterior, consideró prescrita la acción de responsabilidad extracontractual; la acción ejercitada en autos pretendía la indemnización por los perjuicios sufridos al tener que abandonar los actores la vivienda que venían ocupando, ya que su permanencia en ella era insufrible para su hijo menor, cuya salud se alteró sensiblemente por la inmediatez de la vaquería de los demandados, que permanecía en la zona inadecuada. Entiende el Tribunal que una cosa es que la industria causante de aquellos daños haya permanecido abierta y en funcionamiento después de aquella fecha –1983, en que la vivienda hubo de abandonarse por los actores propietarios–, contraviniendo lo reglamentado sobre el particular, y otra que los daños

En fin, son más frecuentes los supuestos en los que para determinar el día inicial para el cómputo del plazo, tratándose de daños derivados de inmisiones dañosas, se calificaron de «continuados». Pues bien, es uniforme la doctrina jurisprudencial la de que cuando se trata de los daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, declara que el cómputo del plazo de prescripción no se inicia (*dies a quo*) hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida²³³. Destaca la STS 28 enero 2004 que consideró los daños como continuados o de producción sucesiva o ininterrumpida, por lo que el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción no es sino hasta «la producción del definitivo resultado» (FD Cuarto)²³⁴. También, al estimar que cuando los daños son continuados, se exige para marcar el inicio del plazo «una verificación total de los daños producidos», la STS 21 marzo 2005, entendió que «solo en ese momento el perjudicado está en condiciones de valorar en su conjunto las consecuencias dañosas y de cifrar el importe de las indemnizaciones que puede reclamar»²³⁵.

reclamados, hayan seguido produciéndose sin interrupción, por la misma causa al propio actor, después del abandono de la vivienda y todavía en tiempo hábil para el ejercicio de la acción del artículo 1902 CC –la acción de resarcimiento por daños y perjuicios estaba prescrita cuando a la altura de 1986 se ejercitó– (cfr., los FD Segundo y Tercero). También, la STS citada de 1971 descartó los daños continuados y los permanentes y consideró que existía la «petición de indemnización por un resultado “nuevo”, la ruina total, determinante de daños y perjuicios» (Segundo Considerando).

²³³ Por todas, destaco la significativa STS 15 marzo 1993 (RJ 1993\2284), FD Quinto, que, asimismo, con cita de la STS 25 junio 1990 (RJ 1990\4889), reconoce que no resulta siempre fácil determinar en la práctica cuándo se produce o ha producido ese «definitivo resultado» que, en relación con el concepto de daños continuados, se nos ofrece como algo latente y conectado precisamente a la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección. En el mismo sentido, entre otras, cfr., las STS de 23 junio 1913 (JC 1913, t. 127, núm. 136), 22 octubre 1932 (RJ 1932\1245), 12 febrero 1981 (RJ 1981\530), 6 mayo 1985 (RJ 1985\6319); 17 marzo 1986 (RJ 1986\1474); 19 septiembre 1986 (RJ 1986\4777), 25 junio 1990 (RJ 1990\4889), 15 marzo 1993 (RJ 1993\2284), 24 mayo 1993 (RJ 1993\3727), 11 febrero 2002 (RJ 2002\3106); 28 enero 2004 (RJ 2004\153), 21 marzo 2005 (RJ 2005\3878), 20 noviembre 2007 (RJ 2008\19), entre otras.

²³⁴ RJ 2004\153. En el caso resuelto, se estimó la responsabilidad extracontractual (objetiva) a causa de los daños producidos por inmisiones ilícitas por intensa contaminación –fluorosis– en cabezas de ganado, con obligación de hacer cesar la referida contaminación y de indemnizar los daños y perjuicios. Con cita de esta STS 2004, la STS 29 junio 2009 (RJ 2009\4781), que al estimar la responsabilidad extracontractual por daños al medio ambiente y aplicar la doctrina de los daños continuados para en el cómputo del plazo fijar el día inicial, razonó que si se han tenido que emitir una serie de estudios e informes, es la fecha del último informe técnico a partir del cual pudo ejercitarse la acción, «por haber conocido en este momento la completa realidad de los hechos» (FD Tercero). Por lo demás, también se puntualiza por la jurisprudencia que en los casos de lesiones con secuelas el cómputo del plazo de prescripción no se inicia con el alta médica sino cuando se determina el alcance invalidante de las secuelas –por todas, cfr., las STS de 3 diciembre 2007 (RJ 2008\33) y de 22 julio 2008 (RJ 2008\4493)–.

²³⁵ RJ 2005\3878. FD Segundo. El supuesto resuelto no versa sobre inmisiones ilícitas; pero explica muy bien la doctrina de los daños continuados. En este sentido, la STS 21 abril 1986 (RJ 1986\1864) se refirió a una «situación jurídica de aptitud plena» para el

6. RELACIONES DE VECINDAD EN EL MARCO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA ACCIÓN DE CESACIÓN Y A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Las dificultades que suele presentar cualquier tipo de convivencia se hacen más evidentes en el ámbito de las relaciones de los vecinos que viven en comunidades y que con frecuencia experimentan como algunos de ellos dificultan la pacífica convivencia deseable, por lo que es preciso establecer determinadas limitaciones que redundarán en interés general de los que conforman esa comunidad vecinal²³⁶. En fin, se trata de evitar determinadas actividades que sobrepasan los límites del uso razonable de su derecho o de la normal tolerancia en las relaciones de vecindad y que causan perjuicios o inmisiones sustanciales, que impiden el adecuado uso del edificio ya sea en los elementos comunes ya en los privados²³⁷. A continuación, se estudiarán por separado las consecuen-

ejercicio de las pertinentes acciones; entendiéndose por «situación», la combinación o concurrencia de causas o circunstancias tanto de naturaleza sustantiva como procesal, e, incluso, de puro hecho, que son necesarias para la viabilidad de la acción a ejercitar (FD Tercero).

²³⁶ Precisamente, ALONSO PÉREZ, predica el carácter «solidario» de la propiedad horizontal, en el sentido de que hay una concurrencia de intereses idénticos pero atribuidos a sujetos diversos, ya que «la propiedad horizontal, sin perder su naturaleza privativa, es también constitutivamente una propiedad solidaria», así, propugna que sería muy conveniente hacer un serio estudio monográfico sobre «las relaciones de vecindad en la propiedad horizontal», estudio, dice, que pondría al descubierto de manera muy notable el carácter *solidario* de esta forma de propiedad, «incluso en su aspecto negativo, que valdría quizá la pena llamar “insolidario”». ALONSO PÉREZ, M., «La propiedad horizontal. Especialidades de su contenido como derecho», *RDP*, febrero. 1977, t. LXI, p. 103. Nótese que un estudio importante de las relaciones vecinales en relación a la propiedad horizontal lo realiza GONZÁLEZ-ALEGRE, en concreto, al estudiar «La vecindad en las casas de propiedad dividida por pisos». GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., *Las relaciones de vecindad, op. cit.*, pp. 259-296.

²³⁷ Se compadece bien con estas observaciones, la ley 367 del Fuero Nuevo de Navarra, que, al regular las «Limitaciones en inmuebles», dispone, como principio general, en el apartado a) que los propietarios u otros usuarios de inmuebles «no pueden causar riesgo a sus vecinos ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, el uso del lugar y la equidad». También, con la misma *ratio legis* y con escasas variaciones respecto a la ley 367 a) del Fuero Nuevo de Navarra, destaco, lo dispuesto por el artículo 538 del Código del Derecho Foral de Aragón, que, al referirse al uso de los inmuebles o sitios, con la rúbrica «Del uso adecuado de los inmuebles o sitios», prescribe que tanto los propietarios del inmueble, como los titulares de cualquier otro derecho real o personal de uso y disfrute de los mismos, en el ejercicio de sus derechos, «no pueden causar riesgo, ni tampoco más perjuicio o incomodidad que los que resulten del uso razonable de la finca según su naturaleza, destino, condiciones generales del entorno y uso del lugar, todo ello conforme al principio de buena fe». Asimismo, el artículo 546-13 CC Cat., declara que las inmisiones producidas por actos ilegítimos de los vecinos y que «causan daños a la finca o a las personas que habitan en la misma» quedan prohibidas y generan responsabilidad por el daño causado; en particular, el CC de Cataluña, al regular el régimen jurídico de la propiedad horizontal,

cias de las actividades molestas o insalubres, en contravención de una adecuada convivencia en comunidades, en particular, a través de la acción de cesación, en el caso de la Ley de Propiedad Horizontal, o de la resolución del contrato, en el caso de la Ley de Arrendamientos Urbanos²³⁸. Ahora bien, pese a la aparente similitud entre ambas normativas, al respecto de la cuestión estudiada, la doctrina aprecia importantes diferencias entre ellas, así, en relación al ámbito objetivo, el elenco de actividades prohibidas al arrenda-

dedica a esta cuestión el artículo 553-40, con la rúbrica «Prohibiciones y restricciones de uso de los elementos privativos y comunes», norma de la que se tratará en este mismo apartado.

²³⁸ Sin perjuicio de las posibilidades de defensa contra las inmisiones, también en comunidades de propietarios, al amparo de la Ley de Ordenación de la Edificación – Ley 38/1999, de 5 de noviembre–, que merece siquiera un apunte, ya que obliga a los propietarios a un adecuado uso y mantenimiento de la edificación, así como a los usuarios, sean o no propietarios, a la utilización adecuada de los edificios o parte de ellos (art. 16); la contravención de estas obligaciones, daría lugar a la correspondiente responsabilidad civil. Destaca el artículo 3 LOE, al regular los requisitos básicos de la edificación, cuando dispone en su apartado 1 que «Con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, se establecen los siguientes requisitos básicos de la edificación, que deberán satisfacerse, de la forma que reglamentariamente se establezca, en el proyecto, la construcción, el mantenimiento, la conservación y el uso de los edificios y sus instalaciones, así como en las intervenciones que se realicen en los edificios existentes»; destaco, por su interés, la exigencia contemplada en el apartado 1 c) y en concreto, los subapartados c.1) y c.2), en relación a los requisitos de habitabilidad: «c) Relativos a la habitabilidad: c.1) Higiene, salud y protección del medioambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos. c.2) Protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades». En particular, en relación al supuesto c.2) sobre la protección contra el ruido, señala CUADRADO PÉREZ que se ha incluido en la Ley de Ordenación de la Edificación, «porque el aislamiento acústico, tanto activo como pasivo constituye una cualidad esencial para el disfrute del inmueble». CUADRADO PÉREZ, C., *Ruido, inmisiones y edificación*, Reus, Madrid, 2005, pp.153-162. En este sentido, resulta interesante el caso enjuiciado por la SAP Córdoba 25 julio 2002 (*JUR* 2002\233679), los vicios denunciados en la demanda se referían a la inadecuada insonorización de las viviendas que en su día compraron los actores a la entidad demandada. Se calificó la acción como derivada del incumplimiento del contrato o de cumplimiento defectuoso por parte del vendedor, cuya opción viene preconizada por el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, que deja a salvo las acciones derivadas del contrato de compraventa. En estos casos se trataría de una acción personal cuyo plazo de prescripción es de quince años (art. 1964 CC) y que obviamente supone el cauce más adecuado cuando se trata de vicios constructivos no ruinosos aunque el criterio amplio en la interpretación de ruina funcional facilite la aplicación del párrafo primero artículo 1591 CC; declara el Tribunal que «es evidente que no estamos en presencia de un vicio ruinoso por mucho que se extienda el concepto de ruina funcional pues de lo que se trata es de un defecto en la insonorización del edificio contraviniendo así el vendedor la consustancial obligación de entregar la casa en condiciones de pleno goce y disfrute y es obvio que la mala insonorización de la vivienda afecta a su goce y disfrute infringiendo así una elemental obligación asumida en el contrato de compraventa» (FD Primero). Por tanto, bajo este enfoque, concluye que la acción ejercitada no ha caducado ni ha prescrito al estar sometida al plazo genérico de quince años –cfr., el actual artículo 1964 CC, que dispone un plazo de prescripción de cinco años, para las acciones personales que no tengan plazo especial, sustituyendo a la anterior previsión de quince años (desde la modificación del Código civil en materia de prescripción por la Disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil)–.

tario por el artículo 27 LAU, se ve incrementado en el artículo 7.2 LPH, con aquellas que sean dañosas para la finca o no estén permitidas en los estatutos; también existen diferencias en el ámbito espacial de desarrollo de las actividades vetadas por una y otra norma, en la LAU, para ser causa de resolución, han de tener lugar en la vivienda (art. 27.2 e) –o en su caso, en el local arrendado para un uso distinto del de vivienda, *ex* artículo 35 LAU²³⁹; mientras que según la Ley de Propiedad Horizontal, pueden producir idéntico efecto tanto las que se efectúen en el piso o local como las que se realicen en el resto del inmueble (art. 7.2.1.º); además, en relación a la legitimación activa, en la LAU corresponde al arrendador resolver el contrato (*ex* art. 27.2), en tanto que, en el artículo 7.2 LPH, es la junta de propietarios [que autoriza al presidente a entablar la acción de cesación] la que inicia el procedimiento que puede finalizar, incluso con la privación del uso y con la extinción de los derechos del ocupante del piso o local²⁴⁰.

6.1 ACTIVIDADES NO PERMITIDAS A LOS PROPIETARIOS Y OCUPANTES DEL PISO O LOCAL EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL: LA ACCIÓN DE CESCACIÓN

El artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, Ley 49/1960, de 21 de julio, según la redacción dada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, establece tres supuestos de actividades no permitidas a los propietarios y ocupantes del piso o local²⁴¹, a saber: las prohibidas en los estatutos; las que resulten dañosas para la finca y las que

²³⁹ Aunque, como señaló la SAP Valencia 24 septiembre 2014 (*JUR* 2015\51615), la protección se extiende no solo a los espacios privativos (vivienda), sino que comprende también los elementos comunes (terraza, zaguán, escalera...).

²⁴⁰ Ampliamente, *cfr.*, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P., «La privación del uso de la vivienda como sanción en la Ley de Propiedad Horizontal (al hilo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1999, de 14 de abril)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000-1, pp. 123 y 124.

²⁴¹ Adviértase que es indiferente que la perturbación derive de una actividad plenamente lícita y que cuente con los permisos administrativos correspondientes, para que proceda la acción de cesación; así, la SAP Vizcaya 24 junio 1999 (*AC* 1999\6850), consideró que la cesación y la indemnización de la perturbación acústica causada por un bar a los habitantes de un edificio eran independientes de la concesión de licencia de la actividad «pues afectan a las relaciones de índole estrictamente civil entre particulares»; asimismo, la SAP Badajoz 25 octubre 2004 (*AC* 2004\1895), declaró que no importa que la perturbación derive de una actividad plenamente lícita y que cuente con los permisos administrativos de rigor, «ya que a lo que hay que atender es exclusivamente al daño cierto de la molestia o incomodidad»; también, reproduce esa doctrina, la SAP Segovia 21 octubre 2005 (*AC* 2006\67), ante la frecuencia e intensidad del ruido derivado de los ladridos de perros, consideró la existencia de intromisión ilegítima, entre otros muchos fallos en este sentido. Sobre la irrelevancia de la previa licencia administrativa para la apreciación del daño, *cfr.*, el apartado 4.2 de este estudio.

contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas (párrafo primero del art. 7.2)²⁴². Como aclara la STS 27 noviembre 2008, que estimó la

²⁴² El apartado primero del artículo 7.2 LPH dispone que «Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas». Existen otros preceptos de interés para las relaciones de vecindad en la LPH; así, como observa MORENO MARTÍNEZ, un claro exponente normativo de las relaciones de vecindad en el marco de la propiedad horizontal es la obligación de diligencia que el artículo 9.1 g) LPH establece para el propietario respecto al «uso del inmueble» y en «sus relaciones con los demás titulares». Ampliamente, MORENO MARTÍNEZ, J. A., *Conflictos de vecindad por el uso de la vivienda y locales de negocio (De acuerdo a la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Propiedad Horizontal)*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, p. 47. Por otra parte, el Libro Quinto del CC de Cataluña, relativo a los Derechos reales, al regular en el título V, las situaciones de comunidad, dedica el Capítulo III al régimen jurídico de la propiedad horizontal (arts. 553-1 a 553-59); particular interés presenta el artículo 553-40 con la rúbrica «Prohibiciones y restricciones de uso de los elementos privativos y comunes», que en su apartado primero converge con el artículo 7.2.1.º LPH en el aspecto subjetivo, ya que se refiere tanto a propietarios como a ocupantes, asimismo coinciden en el ámbito espacial de desarrollo de las actividades prohibidas, en los dos preceptos hay referencia expresa, tanto a la vivienda («elementos privativos» según la ley catalana), como «al resto del inmueble»; pero sí divergen en parte del ámbito objetivo de las limitaciones, porque aunque coinciden en prohibir las actividades contrarias a los estatutos, a las leyes, o dañosas («que dañen o hagan peligrar el inmueble», a tenor de la norma del CC Cat.), el precepto catalán dispone una cláusula general que es la de prohibir «actividades contrarias a la convivencia normal en la comunidad». Para FUENTES-LOJO RIUS, el concepto de actividad contraria a la convivencia normal de la comunidad es un concepto jurídico indeterminado «por lo que habrá que estar al caso concreto y a la realidad social del momento para determinar si la actividad en cuestión debe prohibirse conforme a este precepto o no». FUENTES-LOJO RIUS, A. «Prohibición de explotación turística de la vivienda por ser contraria a la convivencia normal de la comunidad de propietarios», *Diario La Ley*, núm. 8709, Sección Tribuna. 24 de febrero de 2016 (Ref. D-83). En relación al artículo 553-40.1 CC Cat., la SAP Barcelona 13 febrero 2015 (AC 2015\704), concluye que caben dos tipos de restricciones en el uso de los elementos privativos: por una parte, las que pueden denominarse «institucionales», que comprenden las actividades contrarias a la convivencia normal en la comunidad; las que dañen o hagan peligrar el inmueble o las prohibidas por la normativa urbanística y considera como restricciones «convencionales», las que figuren en los estatutos (FD Cuarto). Existe una variada casuística en relación a la prohibición de explotaciones turísticas de viviendas por ser contraria a la convivencia normal de la comunidad, destaco dos SAP Barcelona que dictaminan en sentido contrario en torno a las molestias generadas en la finca por la actividad turística; por un lado, la SAP Barcelona 13 febrero 2015 (AC 2015\704), que resuelve que la explotación turística de tres apartamentos de un edificio es contraria a la convivencia normal de la comunidad, además, de la testifical practicada se puede constatar que se hace un uso indebido del edificio que provoca molestias (trasiego constante de personas durante día y noche que provoca ruidos y genera ansiedad a los vecinos); en cambio, la SAP Barcelona 21 mayo 2015 (JUR 2015\166000) resuelve que la actividad turística no es contraria a la convivencia normal de la comunidad porque considera insuficientes las molestias, tildando de débil la prueba practicada. Asimismo, se observa una gran variedad de ejemplos jurisprudenciales de condenas en el orden civil en relación a inmisiones derivadas de actividades de «pubs» o de bares musicales, por ejemplo, la SAP A Coruña 9 julio 1998 (AC 1998\1397), declaró la procedencia de la acción de resolución del arrendamiento de local de negocio (un pub) ejercitada por al comunidad a la que se le ocasionaban evidentes molestias, al carecer el referido local de la necesaria insonorización y constatarse la emisión de ruidos excesivos en niveles no autorizados; por otra parte, en el caso enjuiciado por la SAP Castellón 1 febrero 2002 (JUR 2002\124204), faltó la prueba de que la actividad musical desarrollada en un local (un pub musical) en los bajos de un edificio contraviniese las disposiciones por exceso de ruidos; sin embargo, el Tribunal advierte que «ello no es óbice para que los

procedencia del ejercicio de la acción de cesación, la remisión que el artículo hace a los estatutos no supone que por su ausencia se vacíe de contenido la norma; la prohibición no es materia propia y exclusiva de los estatutos que tienen carácter facultativo y no obligatorio y no son necesarios en la vida de la comunidad, conforme al artículo 5 de la Ley, por lo que su falta hace viable el título constitutivo en el que se pueden establecer disposiciones «en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales», según el párrafo 3.º del artículo 5 LPH, e incluso imponer prohibiciones expresas respecto a concretas y específicas actividades no queridas por los copropietarios del edificio²⁴³. Sin perjuicio de las denominadas «normas de régimen interno», a las que se refiere el artículo 6 LPH²⁴⁴; en relación a este tipo de disposiciones, Magro Servet, aprecia como estas normas que se aprueban por las comunidades de propietarios, presentan el problema de un vacío legal, ya que, aprobadas para que sean cumplidas por propietarios y ocupantes de los inmuebles, sin embargo, la LPH no señala lo que ocurre si estas normas se incumplen, por tal razón, apela al artículo 710 LEC²⁴⁵,

demandados extremen las cautelas y prevenciones a fin, ya no de que no se sobrepasen formalmente los límites sonoros, sino para que no quepa albergar ninguna duda acerca de que la actividad hostelera que se desarrolla en los bajos no da lugar a ningún tipo de contaminación acústica, conocidos que son los graves y devastadores efectos que la misma puede llegar a producir en la salud, tanto en el orden físico como en el psíquico. Si así no lo hicieran, nada impediría un nuevo ejercicio de la acción de cesación del artículo 7.2 LPH basada en hechos diferentes a los ahora enjuiciados, cuales serían la causación de unas molestias que no han sido contempladas en el presente pleito» (FD Cuarto); en fin, en la SAP Murcia 6 octubre 2010 (AC 2010\1743), procedió la acción de cesación debido a los ruidos y molestias procedentes de un pub, por ruido excesivo, superior a los niveles permitidos. En relación a estas cuestiones, cfr., el excelente trabajo de MARTÍ MARTÍ, J., «Inmisiones sonoras derivadas de conciertos y festivales musicales. Prevalencia del derecho al descanso y de la inviolabilidad del domicilio», *op. cit.*, (en línea), que estudia, en particular, las actividades molestas provenientes de festivales, macro conciertos y celebraciones y analiza la STSJ Catalunya (Cont.-Adm.) 14 marzo 2016 (JUR 2016\81258), en relación a las inmisiones provocadas por los Festivales musicales de Vilanova i la Geltrú y la declaración de nulidad de la licencia municipal –cuestión y Sentencia que se analiza en el apartado 4.2 de este estudio.

²⁴³ RJ 2008\6069.

²⁴⁴ El artículo 6 LPH con la rúbrica «Normas de régimen interior» dispone que «Para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, y dentro de los límites establecidos por la Ley y los estatutos, el conjunto de propietarios podrá fijar normas de régimen interior que obligarán también a todo titular mientras no sean modificadas en la forma prevista para tomar acuerdos sobre la administración».

²⁴⁵ A tenor del artículo 710 LEC «1. Si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá, a instancia del ejecutante por parte del secretario judicial responsable de la ejecución, para que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial. Se procederá de esta forma cuantas veces incumpla la condena y para que deshaga lo mal hecho se le intimará por el secretario judicial con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo. 2. Si, atendida la naturaleza de la condena de no hacer, su incumplimiento no fuera susceptible de reiteración y tampoco fuera posible deshacer lo

sobre «Condenas de no hacer», aun advirtiendo que lo que no se puede conseguir por esta vía es la privación del uso del inmueble o la resolución del contrato de arrendamiento, ya que la Ley de Enjuiciamiento Civil no lo prevé, siendo solo una vía del artículo 7.2 LPH reconocido expresamente y que «no puede interesarse para casos de incumplimiento de normas de régimen interno»²⁴⁶.

Ahora bien, es constante y sin fisuras la doctrina jurisprudencial que atempera o modera esa posibilidad de establecer limitaciones y prohibiciones a los propietarios y ocupantes de pisos o locales en régimen de propiedad horizontal, con fundamento constitucional, ya que, después de recordar que en un sistema en el que la propiedad privada está reconocida constitucionalmente (art. 33 CE) y en el que los derechos de disfrute tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización sobre su inmueble, declara que «las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente»²⁴⁷.

En relación a los requisitos de viabilidad de la acción de cesación, los párrafos 2.º y 3.º del artículo 7.2 LPH establecen dos de procedibilidad, para el ejercicio de la acción de cesación, sin cuya concurrencia no puede ser deducida²⁴⁸. En primer lugar, un requere-

mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado».

²⁴⁶ MAGRO SERVET, V., *Aspectos procesales y sustantivos de las acciones de cesación del art. 7.2 LPH en las comunidades de propietarios*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 164 ss. En otro lugar, el mismo autor, al referirse a los ruidos provocados por el uso de instrumentos musicales en una comunidad de vecinos –consideraciones que estimo extrapolables a otro tipo de inmisiones o actividades molestas–, considera, razonablemente, que la acción puede ser ejercitada directamente por el perjudicado «sin que opere la acción o inacción de la comunidad como requisito de procedibilidad», ya que el «requerimiento» previo solo es preceptivo en el caso del artículo 7.2 LPH «pero no para el ejercicio de su acción directa. La acción sería la de una reclamación por obligación de no hacer o cesar en una actividad del artículo 710 LEC [...]. El particular afectado [...], puede demostrar al juez que de alguna manera ha requerido al que ocasiona la actividad molesta, para que cese en ello y no lo ha admitido, manteniéndose en su conducta». MAGRO SERVET, V., «La protección civil respecto a los excesos del ruido», *ElDerecho.com* (22.11.2012) –www.elderecho.com–.

²⁴⁷ Con esta doctrina, cfr., la STS 27 noviembre 2008 (RJ 2008\6069); también, la STS 5 mayo 2015 (RJ 2015\1567), cuando afirma que las limitaciones establecidas legal o convencionalmente «en todo caso, deben ser interpretadas de modo restrictivo».

²⁴⁸ Por lo que respecta a la regulación del CC Cataluña, en relación a la propiedad horizontal, el artículo 553-40, por lo que atañe al requerimiento al infractor y a la acción de cesación, si se realizan las actividades prohibidas por el apartado 1 del citado artículo –en esencia, actividades contrarias a la convivencia normal, dañosas o peligrosas, contrarias a los estatutos o a las leyes–, dispone en su apartado 2 que será la presidencia de la comunidad la que, por iniciativa propia o a petición de una cuarta parte de los propietarios, realice el requerimiento fehaciente «a quien las haga que deje de hacerlas» (tales actividades); si la persona requerida persiste en su actividad, la junta de propietarios puede ejercer contra los propietarios y ocupantes del elemento privativo «la acción para hacerla cesar, que debe tramitarse de acuerdo con las normas procesales correspondientes»; una vez presentada la demanda, que debe acompañarse del requerimiento y el certificado del acuerdo de la junta de propietarios, la autoridad judicial debe adoptar las medidas cautelares que considere convenientes, entre las cuales está el cese inmediato de la actividad prohibida.

rimiento de la inmediata cesación de las actividades prohibidas por este apartado 2 del artículo 7 LPH²⁴⁹, requerimiento que ha de ser fehaciente –como se infiere del párrafo 4.º del artículo 7.2 LPH– y que realiza el presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, dirigido a quien realice tales actividades (párrafo 2.º del art. 7.2 LPH); en segundo lugar, que el presidente de la comunidad, después de ser autorizado por la junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar la acción de cesación contra el infractor, si persistiere en su conducta (párrafo 3.º del art. 7.2 LPH)²⁵⁰. Al exigir la Ley de Propiedad Horizontal que el acuerdo se adopte en una reunión de la junta de propietarios *debidamente convocada al efecto*, parece dar a entender que es necesaria la convocatoria de junta general extraordinaria. Por consiguiente, Álvarez Olalla, estima que cualquier vecino no estaría legitimado para entablar la acción; pero opina que si el vecino interesado no logra la mayoría podrá acudir al juicio de equidad del artículo 17.7.2.º LPH o acudir a las acciones generales del Código civil²⁵¹.

En efecto, el artículo 7.2, párrafo 3.º LPH, en relación a la legitimación para entablar la acción de cesación contra el que realice actividades prohibidas por el precepto, dispone que «el presidente,

²⁴⁹ MAGRO SERVET concede especial importancia al requerimiento, al estudiar la protección civil frente a los excesos de ruido en comunidades de vecinos –opinión que estimo extrapolable a otras inmisiones molestas–, así, aconseja, en primer lugar, utilizar la vía del requerimiento del artículo 7.2 LPH concediendo un plazo para que el causante cese en la molestia y será en el caso de no aceptarlo cuando se pueda convocar la junta para acordar el ejercicio de acciones judiciales u optar por acudir a la vía penal. «para lo que no se requiere acuerdo de la junta, sino que podrá ir el presidente directamente a comisaría, juzgado o fiscalía». MAGRO SERVET, V., «La protección civil respecto a los excesos del ruido», *op. cit.*

²⁵⁰ Precisamente, se estimó la procedencia del ejercicio de la acción de cesación, en aplicación del artículo 7.2 LPH, en el caso enjuiciado por la STS 27 noviembre 2008 (RJ 2008\6069), debido a la explotación hotelera de parte considerable de un edificio destinado mayoritariamente a uso residencial privado, con entrega de llaves del portal a los huéspedes, lo que comporta lo que la sentencia califica de «uso excesivo» de las instalaciones comunes, para el que no estaba preparada la finca (cfr., el FD Segundo). También, se estimó el ejercicio de la acción de cesación al amparo del artículo 7.2 LPH en la significativa SAP Pontevedra 30 abril 2015 (AC 2015\673), ante la existencia en el inmueble de una actividad insalubre –malos olores– provenientes del piso de la demandada, no solo por la existencia de animales (gatos, concretamente), sino también por la acumulación de basuras y desperdicios; como sanción el Tribunal impone a la demandada un año de privación del uso de la vivienda «pues la demandada viene realizando los actos molestos, verdadero abuso del derecho» y aprovecha la ocasión para poner la resolución judicial en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de los artículos 228 y 287 CC, para decidir si procede una incapacitación absoluta con nombramiento de tutor, o relativa y designación de curador (cfr., los FD Segundo y Tercero).

²⁵¹ ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario al artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal», Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (5.ª ed.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 257. Sobre la imposibilidad de ejercicio de la acción de cesación por un comunero individual, cfr., la SAP Burgos 25 junio 2003 (JUR 2003\191236) y la SAP Madrid 6 junio 2006 (AC 2006\2182), que se analizan en este apartado.

previa autorización de la junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar la acción de cesación»²⁵². Por consi-

²⁵² Se declara como doctrina jurisprudencial la necesidad de un previo acuerdo de la junta de propietarios que autorice expresamente al presidente de la comunidad para ejercitar acciones judiciales en defensa de esta, tal y como se infiere de la STS 10 octubre 2011 (*RJ* 2011\7256), en el caso resuelto se declaró la falta de legitimación activa del presidente por actuar única y exclusivamente en calidad de tal (FD Tercero). Resulta de especial interés, en este punto, la STS 19 febrero 2014 (*RJ* 2014\1135), cuando declara que «La Ley de Propiedad Horizontal otorga al presidente de la comunidad la representación de la comunidad en juicio y fuera de él, pero esto no significa que esté legitimado para cualquier actuación por el mero hecho de ostentar el cargo de presidente, ya que no puede suplir o corregir la voluntad de la comunidad expresada en las juntas ordinarias o extraordinarias» (FD Segundo); recuerda este fallo que ya la STS 10 octubre 2011 (*RJ* 2011\7404), al estudiar la legitimación del presidente para representar en juicio a la comunidad de propietarios, declaró: «No se trata, por tanto, de poner en duda que la representación de la comunidad de propietarios le corresponde al presidente, que es el único legitimado legalmente para representar judicialmente a la comunidad. Se trata de impedir que su voluntad personal sea la que deba vincular a la comunidad, lo que se consigue sometiendo al conocimiento de la junta de propietarios la cuestión que se somete a la decisión judicial, habida cuenta el carácter necesario de las normas que rigen la propiedad horizontal, que impide dejarlas al arbitrio y consideración exclusiva del presidente» (FD Segundo). En este sentido, también, la STS 27 marzo 2012 (*RJ* 2012\4061), señaló que «pese a que la Ley de Propiedad Horizontal únicamente exige, de modo expreso, el acuerdo previo para que el presidente pueda ejercitar acciones judiciales en defensa de la comunidad de propietarios en los supuestos concretos de acción de cesación de actividades prohibidas por los estatutos que resulten dañosas para la finca (art. 7.2) y de reclamación de cuotas impagadas (art. 21), sin embargo, no resulta razonable sostener que la facultad de representación que se atribuye de modo genérico al presidente le permita decidir unilateralmente sobre asuntos, si cabe de mayor trascendencia para la vida de la comunidad que los indicados anteriormente, tales como la realización de obras en elementos privativos de un comunero que comporten alteración o afectación de los elementos comunes» (FD Tercero). Por lo demás, y en relación a la legitimación activa, es doctrina jurisprudencial que cualquiera de los comuneros está legitimado para ejercitar acciones en beneficio de toda la comunidad, como señaló la STS 14 octubre 2004 (*RJ* 2004\6569), «Cualquiera de los condueños está legitimado procesalmente para ejercitar acciones en beneficio de todos los comuneros» –con cita de las STS de 9 febrero 1991 (*RJ* 1991\1160); 28 octubre 1991 (*RJ* 1991\7242) y 15 julio 1992 (*RJ* 1992\6077)– (cfr., FD Tercero). Así, la citada STS de 9 de febrero de 1991, especifica que «cualquiera de ellos pueda, en legítima defensa de sus intereses, promover acciones o excepcionar cuantos medios jurídicos a su alcance puedan asistirle, habida cuenta de que a tenor de esa misma doctrina los resultados perjudiciales no vinculan a los demás copropietarios». Por otra parte en la también citada, STS de 15 de julio de 1992, se expresa lo siguiente: «no es preciso que los copropietarios sometan, previamente al ejercicio de las acciones que les correspondan, la cuestión a la junta de propietarios, pues ningún precepto lo establece así y no puede imponérseles tal limitación, cuanto más cuando ningún perjuicio puede seguirse a la comunidad de que se entable un litigio en beneficio de los intereses generales de los copropietarios». A mayor abundamiento, la SAP Valencia 26 marzo 2015 (*AC* 2015\978), recoge la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la legitimación activa del presidente de la comunidad para entablar acciones. Así, como doctrina aplicable en relación con la necesidad de autorización expresa al presidente de la junta de propietarios para entablar acciones judiciales en nombre de la comunidad tanto frente a un comunero como frente a terceros recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Supremo la ha exigido al no poder suplirse la voluntad de esta expresada en junta por ese mero cargo vinculándola por la suya personal dado el carácter necesario de las normas que rigen la propiedad horizontal –STS de 19 febrero 2014 (*RJ* 2014\1135) y de 10 octubre 2011 (*RJ* 2011\7256)–, salvo que los Estatutos prevean otra cosa o aquel actúe como copropietario –STS de 10 octubre 2011 (*RJ* 2011\7404) y de 27 marzo 2012 (*RJ* 2012\4061)–; además, según la STS 18 julio 2012 (*RJ* 2012\8028), el presidente, ante la violación de normas de la Ley de Propiedad Horizontal y estatutaria, goza de la precisa legitimación causal para proceder a ejercitar las acciones que competen a la comunidad en defensa de los intereses generales, cuando, además, el acto perturbador se realiza en franca contradicción de un acuerdo precedente de la

guiente, la legitimación activa para el ejercicio de la acción de cesación corresponde al presidente de la comunidad, previa autorización de la junta de propietarios, debidamente convocada al efecto²⁵³; como destaca Herrera del Rey, no debe entenderse como concesión de libertad al presidente en orden a interponer la acción judicial o no, ya que es indudable que debe partirse de un acuerdo mayoritario en orden a promover, respecto al infractor, la correspondiente acción de cesación, por lo tanto, el presidente se ve obligado al cumplimiento de la misma²⁵⁴. Comparto con el autor la opinión de que en caso de inactividad por parte del presidente, ante un acuerdo mayoritario de la junta, procedería la remoción del mismo²⁵⁵. En cuanto a la legitimación pasiva, según el propio

junta de propietarios; declarando, incluso, la STS 23 abril 2013 (RJ 2013\3496) que «el presidente no necesita la autorización de la junta para intervenir ante los Tribunales, cuando ejercite una pretensión en beneficio para la comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos en la Ley, o que exista una oposición expresa y formal». Existe por tanto, en la jurisprudencia la presunción de que el presidente está autorizado mientras no se acredite lo contrario y la STS 11 abril 2014 (RJ 2014\2193), admite la legitimación del presidente de la comunidad de propietarios aun cuando no exista acuerdo expreso al efecto, al quedar constatado que se ejercita una pretensión en beneficio de la comunidad y sin la oposición de ninguno de los copropietarios, como es el supuesto que se contempla en el presente caso.

²⁵³ Por lo que atañe a la hipotética legitimación activa de un comunero individual, destaco la doctrina al respecto de la SAP Burgos 25 junio 2003 (JUR 2003\191236), cuando afirma, con fundamento en la Ley de Propiedad Horizontal, que «la legitimación para el ejercicio de la acción de cesación corresponde en exclusiva al presidente de la comunidad, lo que no quiere decir otra cosa que la legitimación es de la propia comunidad de propietarios, pues es esta una materia, como en otras, en las que el presidente interviene por la representación que le reconoce el artículo 13.3 LPH. Así se desprende del hecho de que el presidente tenga que contar con la autorización de la junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, que decidirá por mayoría el ejercicio de la acción de cesación. En ninguna parte se reconoce a los propietarios individualmente considerados legitimación suficiente para ejercitar por su cuenta dicha acción, además de que buena parte de los requisitos previos a su ejercicio no están pensados para un ejercicio individual y sí colectivo de la misma. Toda la iniciativa de su ejercicio se hace descansar en el presidente y en la junta, en el primero para presentar la demanda y para requerir con carácter previo la cesación de la actividad y en la junta para autorizar el ejercicio de la acción. A los propietarios individuales solo se les reconoce la facultad de dirigirse al presidente para que haga el requerimiento» (FD Segundo). También, la SAP Madrid 6 junio 2006 (AC 2006\2182), negó legitimación activa para el ejercicio de la acción de cesación a quien no era presidente de la comunidad y concluyó que «la demandante carece claramente de legitimación para el ejercicio de la acción. Ni la demandante es el presidente de la comunidad de propietarios, ni la junta de propietarios ha autorizado el ejercicio de la acción; ni el presidente de la comunidad ha requerido previamente a los demandados para que cesen inmediatamente en el ejercicio de actividades molestas, bajo apercibimiento de ejecutar las acciones judiciales precedentes; apercibimiento que no tuvo lugar a consecuencia de los acuerdos adoptados en la junta de propietarios» (FD Segundo). Nótese como en la STS 18 mayo 2016 (RJ 2016\3676), legitima activamente, para el ejercicio de la acción de cesación de actividades molestas, a un copropietario, para ejercitarla en interés propio y en defensa de su derecho ante la pasividad de la comunidad. Cfr. STS 30 octubre 2014 (RJ 2014\5430).

²⁵⁴ Ya que es a la junta de propietarios, de acuerdo con el artículo 14.e) LPH, a la que corresponde la facultad de «Conocer y decidir de los demás asuntos de interés general para la comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común».

²⁵⁵ Con fundamento en el artículo 14.a) LPH. También, convengo con el autor en que en el caso hipotético de que fuera el presidente la persona infractora de las prohibiciones, la solución más razonable, dado el interés común que hay en este tipo de asuntos, sería

artículo 7.2.4.º LPH, «La demanda habrá de dirigirse contra el [infractor] propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local». Además, como requisitos formales para la presentación de la demanda, no solo se exige que esta vaya acompañada del «requerimiento fehaciente» al infractor²⁵⁶, sino también de la «certificación del acuerdo tomado por la junta de propietarios».

En cuanto a la hipotética posibilidad de ejercitar otras acciones diversas a la acción de cesación del artículo 7.2 LPH, destaco la opinión de Egea Fernández, cuando admite que aunque exista una regulación específica de las relaciones de vecindad en el ámbito de la propiedad horizontal, no debe interpretarse que esta especialidad de la Ley de Propiedad Horizontal excluya una posible aplicación de las normas generales; para él, si los perjudicados lo creen conveniente pueden acudir al régimen general del Código civil (arts. 590 y 1908), «siempre, claro está, que el motivo de la reclamación no se funde en las especiales previsiones del régimen estatutario»²⁵⁷. En relación a esta cuestión, destaco la SAP A Coruña 11 septiembre 2009, en el caso de autos, la sociedad demandada alegó que los demandantes carecían de legitimación para ejercitar una acción o pretensión de cesación incardinada en el artículo 7.2 LPH, argumento que no admite el Tribunal por considerar que esa alegación no tiene en cuenta que la acción de cesación por inmisiones en la vivienda de los demandantes «encuentra fundamento en otras normas, como los artículos 590, 1902 del Código civil, así como de forma más genérica en el artículo 7.2 del Código civil donde se trata del abuso del derecho». Destaco, por su interés, la conclusión del Tribunal «Este conjunto normativo, regulador de las relaciones de vecindad, presta protección contra las inmisiones injustificadas, posibilitando la exigencia de su cese. La legitimación para exigir el cese solo requiere la condición de perjudicado por las inmisiones, condición que no cabe negar a los demandantes» (FD Segundo)²⁵⁸.

proceder a la remoción del mismo y al nombramiento de un nuevo cargo, al efecto de ejercitar las acciones que le correspondan al amparo del artículo 7.2 LPH. HERRERA DEL REY, J. «Ruido y propiedad Horizontal (y II)», *Revista SepinNET* (propiedad horizontal), núm. 249, julio-agosto. 2004, pp. 21 y 22.

²⁵⁶ El requerimiento se pide que sea «fehaciente», estimo que no necesariamente habrá de hacerse por vía notarial, sino que bastará que de forma indubitada quede constancia de que se ha llevado a efecto dicho requerimiento, por ejemplo, que sea remitido por burofax, telegrama o carta certificada.

²⁵⁷ EGEA FERNÁNDEZ, J., «Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente», *op. cit.*, pp. 424 y 425.

²⁵⁸ JUR 2009\437420. El objeto del proceso es la pretensión de que cesen las inmisiones en la vivienda de los demandantes, de gases, ruidos y olores, que tienen su origen en el local sito en la planta baja del edificio, donde se desarrolla un negocio de hostelería. La demanda se dirigió contra la empresa propietaria del local en el que se desarrolla la actividad de café y bar restaurante.

Por lo demás, han de distinguirse dos tipos de medidas que puede adoptar el juez: el primer grupo, una vez presentada la demanda²⁵⁹; y las que puede acordar, si la sentencia fuese estimatoria. En relación a las primeras –presentada la demanda–, según el párrafo 4.º del artículo 7.2 LPH, el juez puede acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de la actividad prohibida; podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación; por lo que concierne al segundo tipo de medidas –siendo la sentencia estimatoria–, a las que se refiere el párrafo 5.º del artículo 7.2 LPH, van desde disponer la cesación definitiva de la actividad prohibida y de la indemnización de los daños y perjuicios que procedan, hasta la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad²⁶⁰; además, si el infrac-

²⁵⁹ Demanda que deberá ir acompañada del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la junta de propietarios y habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local (párrafo 4.º del art. 7.2 LPH).

²⁶⁰ En relación a la sanción del cese en el uso, es doctrina de las audiencias –recopilada por la SAP Álava 21 abril 2010 (*JUR* 2010\396829), FD Cuarto– que para que las actividades justifiquen el cese del uso será preciso. 1) cierta continuidad o permanencia en la realización de actos singulares. 2) que la actividad sea incómoda o molesta para los moradores de la comunidad, debiendo existir un sujeto concreto y no indeterminado. 3) que la molestia sea notoria y ostensible y no un simple trastorno, de modo que concurra una verdadera perturbación que supere lo usual. En este sentido, cfr., además, las SAP Madrid 30 abril 2008 (*JUR* 2008\214880) y SAP Valencia 26 marzo 2009 (*AC* 2009\927). En el caso resuelto por la SAP Álava 21 abril 2010 (*JUR* 2010\396828), procedió la acción de cesación y la privación temporal de la facultad de arrendar la vivienda por las actividades molestas que se producían en el interior, consistentes en ruidos, peleas y grescas entre los inquilinos del inmueble; sin embargo, aun procediendo la acción de cesación, se desestimó la privación del uso de la vivienda en la SAP Badajoz 18 febrero 2003 (*JUR* 2003\162413), por ruidos a partir de medianoche que hacen imposible el descanso del resto de los condóminos, aunque sí estimó las molestias, el Tribunal observa que para tal privación del uso lo que se tendrá en cuenta es la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad; por consiguiente, consideró que, con independencia de la indudable molestia que los demandados han originado a los demás vecinos con sus actos, resulta excesivo sancionarles con algo tan drástico y perjudicial como la privación del uso de su vivienda, máxime si en ella reside una familia de la que forman parte también niños y personas mayores (FD Tercero); por lo demás, la SAP Tarragona 22 noviembre 2003 (*JUR* 2004\28044) estimó la acción de cesación por la actividad de manipulación de productos termoplásticos y de poliéster que se desarrollaba en el local del edificio y ausencia de licencia administrativa; también, en la SAP Cantabria 23 enero 2004 (*JUR* 2004\80589), se declaró la improcedencia de la extinción de los derechos del no propietario, arrendatario de un local destinado a bar con música, por ruidos y vibraciones, por la desproporción de la medida de lanzamiento y privación del uso y en la SAP Barcelona 19 diciembre 2007 (*JUR* 2008\71648), se desestimó la privación del derecho de uso, por la falta de prueba de la actividad incómoda o molesta en el inmueble y por tratarse de una denuncia de forma excesivamente genérica y ni siquiera mínimamente objetivada. Además, existen varios fallos relacionados con la improcedencia de la acción de cesación pretendida por los ruidos y molestias en general provocados por la instalación de aparatos de aire acondicionado y ante la falta de acreditación o prueba de los niveles de ruido –SAP Jaén 16 marzo 2007 (*JUR* 2007\214663); SAP Castellón 23 septiembre 2011 (*JUR* 2012\30892); SAP Murcia 18 diciembre 2012 (*JUR* 2013\35093)–; por otra parte, en

tor no fuese propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos su derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento (párrafo 5.º del art. 7.2 LPH)²⁶¹. Al referirse al contenido de este precepto, artículo 7.2 LPH, Cuadrado Pérez, declara que en la referida regulación de la propiedad horizontal se da acogida a una verdadera acción de cesación, y dado que el cese decretado por la autoridad judicial supone, asimismo, la obligación de abstenerse del desenvolvimiento de la actividad vedada en el futuro, entiende que nos hallamos «ante una verdadera acción negatoria»²⁶². En relación a la situación en la que se encontraría el titular de un derecho de usufructo en estos supuestos, la doctrina mayoritariamente se decanta por la no extinción del usufructo. En este sentido, Fuentes Lojo y Fuentes-Lojo Lastres, consideran al usufructuario como titular y en paridad con él respecto a la privación del uso²⁶³.

la SAP Cantabria 14 julio 2008 (*JUR* 2008\354001) se desestimó la acción de cesación porque la actividad que se realizaba en la clínica odontológica no resulta dañosa, ni contravenía las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, peligrosas o ilícitas y tampoco existía expresa prohibición estatutaria al respecto.

²⁶¹ Por lo que atañe al CC de Cataluña, en relación a las medidas a adoptar, como sanción a las infracción de las prohibiciones y restricciones de uso de los elementos comunes y privativos en el régimen de propiedad horizontal, se dispone que la autoridad judicial debe adoptar las medidas cautelares que considere convenientes y entre ellas «el cese inmediato de la actividad prohibida» (art. 553-40.2 *in fine*); además, el apartado 3 de este artículo prevé que la comunidad tiene derecho a la indemnización por los perjuicios causados y, si las actividades prohibidas continúan, «a instar judicialmente la privación del uso y disfrute del elemento privativo por un período que no puede exceder de dos años y, si procede, la extinción del contrato de arrendamiento o de cualquier otro que atribuya a los ocupantes un derecho sobre el elemento privativo». Al comentar el artículo 553-40 CC Cataluña, EGEA FERNÁNDEZ considera, con acierto, que con independencia de la interposición de la acción de cesación, los propietarios que se vean afectados por las perturbaciones derivadas de actividades prohibidas están legitimados para interponer la acción negatoria contra el infractor y en su caso, para demandar al amparo de las normas generales sobre responsabilidad civil, la indemnización de los daños y perjuicios que les hayan podido causar. EGEA FERNÁNDEZ, J., «Comentario al artículo 553-40 del CC de Cataluña», Antonio GINER GARGALLO (Dir.) y Vicenç CLAVELL HERNÁNDEZ (Coord.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, t. II (Arts. 553-1 a 563-4), *Registradors de Catalunya* Bosch, Barcelona. 2008, p. 932.

²⁶² No obstante, apostilla que dados los términos en los que se expresa el legislador en el artículo 7.2 LPH, su interpretación ha de efectuarse con cierta flexibilidad, de tal manera que, al menos en las hipótesis de actividades molestas, el juzgador pueda ordenar la cesación de las inmisiones intolerables y no necesariamente «la cesación definitiva de la actividad prohibida». Con esa matización, entiende implícita la posibilidad de exigir, a quien genera las perturbaciones, «que adopte las medidas necesarias destinadas a excluir o aminorar las injerencias». CUADRADO PÉREZ, C., *Ruido, inmisiones y edificación*, *op. cit.*, pp. 145-151, en especial.

²⁶³ FUENTES LOJO, J. V. y FUENTES-LOJO LASTRES, A., *Comentarios a la Ley estatal de propiedad horizontal*, t. I., Bosch, Barcelona. 2009, p. 254. En parecido sentido, ÁLVAREZ OLALLA, estima que el tratamiento del usufructuario de forma similar al nudo propietario cobra especial sentido si tenemos en cuenta el tenor del artículo 520 CC según el cual el usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; sí aclara que «Quizá sea posible considerar la privación definitiva del uso al usufructuario, pero manteniendo su facultad de disfrute». ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario al artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal», *op. cit.*, p. 269.

En relación a la privación temporal del uso de la vivienda o local o, en su caso, la extinción definitiva de los derechos del ocupante, existen sendos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que cuestionan la constitucionalidad de estas sanciones –si bien referidos al artículo 19 LPH, que establecía las sanciones a las actividades que prohibía el artículo 7.3 LPH, dispersión del contenido que hoy se unifica en una sola disposición, de tal modo que supuesto de hecho y consecuencia jurídica se encuentran ahora en un mismo artículo, el artículo 7.2 LPH, tras la reforma operada por la Ley 8/1999, de 6 de abril–, el primero de ellos, STC (Pleno) 301/1993, 21 octubre, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad, ya que se entendía que el citado precepto (entonces, art. 19 LPH, hoy art. 7.2 LPH), al establecer la privación del derecho de uso al propietario podía conculcar el artículo 33 CE, la cuestión se resuelve en sentido negativo. Destaco uno de los argumentos del Tribunal Constitucional, que sirven, a su vez, para apreciar la virtualidad de las sanciones dispuestas por la Ley de Propiedad Horizontal, a saber «el artículo cuestionado (art. 19.1 LPH) se refiere a un tipo de propiedad, el de la propiedad horizontal, en el que la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares» (FJ 3)²⁶⁴; el otro fallo del Tribunal Constitucional, resuelve un recurso de amparo, se trata de la STC (Sala Primera) 28/1999, 8 marzo, el demandante de amparo pone en duda la constitucionalidad del precepto a partir, ahora, de un derecho fundamental enteramente distinto, la libertad de residencia reconocida en el artículo 19 CE, el Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado y considera que «no es irrelevante [...], la circunstancia de tratarse de una vivienda situada en un inmueble regido por la Ley de Propiedad Horizontal», a continuación reproduce la doctrina de la STC 301/1993 (FJ 3), que se acaba de exponer, y concluye que «nos encontramos ante la privación de un derecho privado, el de uso de una concreta vivienda, consecuencia del incumplimiento de deberes propios de una relación jurídico-privada, la derivada del régimen de propiedad horizontal, que aun cuando va a suponer un condicionamiento al derecho a la libre elección de domicilio no implica, por las razones antes expuestas, una restricción del contenido constitucionalmente

²⁶⁴ RTC 1993\301.

protegido del derecho fundamental a la libertad de residencia» (FJ 8)²⁶⁵.

En relación a las limitaciones o prohibiciones que, por medio del artículo 7.2 LPH se imponen a los propietarios y a los ocupantes de los pisos o locales en régimen de propiedad horizontal, es constante la doctrina jurisprudencial la que declara que tales prohibiciones o limitaciones de determinadas actividades, deben estar establecidas en atención al interés general de la propia comunidad y, además, se advierte que para garantizar su eficacia frente a terceros y a posteriores adquirentes, estas limitaciones deben constar de manera expresa e inscritas en el Registro de la Propiedad. Esta misma jurisprudencia ha insistido en la interpretación restrictiva de las limitaciones, con fundamento en que el derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido (art. 33 CE)²⁶⁶. Ahora bien, la STS 14 octubre 2004, que declara la procedencia del cese de una actividad molesta, matizó que tal interpretación restrictiva de las limitaciones dominicales en la propiedad horizontal, es compatible con prohibiciones que sean conformes a la norma y así concluyó, en relación a las actividades prohibidas por los estatutos, que es cierto que la interpretación de cualquier cláusula estatutaria que impide la libertad del derecho dominical tiene que ser restrictiva «Pero otra cosa es que se haga clara mención a una determinada prohibición, que, sin perjuicio de esa interpretación restrictiva, es posible conforme a la Ley» (FD Segundo)²⁶⁷.

Finalmente, cumple observar que si la actividad molesta, de las no permitidas por el artículo 7.2 LPH, ha cesado, no cabe el ejercicio de la acción de cesación a la que dicho precepto se refiere, ello porque la virtualidad de dicha acción es fundamentalmente conseguir, precisamente, la cesación; ello no obsta para que pueda

²⁶⁵ RTC 1999\28. Analiza esta STC SÁNCHEZ GONZÁLEZ, que observa el «excesivo rigor» de la consecuencia jurídica que preveía el artículo 19 LPH y cómo se endurece la sanción con la reforma de la LPH de 1999, prolongándose la privación del uso de la vivienda hasta tres años, frente a los dos que, como máximo, podían imponerse bajo la vigencia de la Ley de 1960. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P., «La privación del uso de la vivienda como sanción en la Ley de Propiedad Horizontal (Al hilo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1999, de 14 de abril)», *op. cit.*, p. 120. Además, sobre un análisis pormenorizado de estos dos fallos, STC 301/1993 y STC 28/1999, cfr., el estudio de LÓPEZ HERNÁNDEZ, C. V., «La inmisión o actividad molesta en la propiedad horizontal: límite al derecho de uso», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 11, 2003-2, pp. 361-368. La autora, al comparar el antiguo artículo 19, con el actual artículo 7 LPH, destaca como la novedad más llamativa de la reforma (por la Ley 8/1999), la versatilidad de la sanción a imponer, lo que permite al juez admitir la estimación de la demanda en mayor número de casos, ya que el remedio puede ser adaptado a la gravedad de la infracción y a las circunstancias del caso. Cfr., el apartado 5.º del artículo 7.2 LPH.

²⁶⁶ Cfr., las STS de 20 octubre 2008 (RJ 2008\5705), de 30 diciembre 2010 (RJ 2011\1794) o de 5 mayo 2015 (RJ 2015\1567), por ejemplo.

²⁶⁷ RJ 2004\6569.

proceder una indemnización u otras consecuencias, al amparo, por ejemplo, del artículo 9.1 b) LPH, que impone al propietario la obligación de mantener en buen estado de conservación el piso o local y las instalaciones privativas, para no perjudicar ni a la comunidad ni a los otros propietarios, al tiempo que dispone la obligación de resarcir «los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes deba responder»²⁶⁸, por consiguiente, procedería el recurso a los artículos 1902 y siguientes del Código civil, con el plazo de prescripción de un año, del artículo 1968.2 CC, a contar desde el día en que pudo ejercitarse la acción (art. 1969 CC)²⁶⁹. Además, en parecido sentido, la propia Ley de Propiedad Horizontal impone al propietario «Observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares y responder ante estos de las infracciones cometidas y de los daños causados» –artículo 9.1 g) LPH–, con lo que, de nuevo, se está proscribiendo la realización de actividades molestas en su más amplia extensión, so pena de incurrir en la responsabilidad correspondiente²⁷⁰.

²⁶⁸ En el caso resuelto por la SAP Madrid. 12 abril 2000 (AC 2000\5072), después de quedar acreditado, valorada la prueba testifical, que la propietaria demandada no mantenía su vivienda en unas condiciones de limpieza e higiene mínimas, lo que provocaba la existencia de cucarachas y de otros animales, causando malos olores en toda la comunidad en que se ubicaba la vivienda de su propiedad, se desestimó la petición de privación del uso de la vivienda (en aplicación del artículo 19 LPH, antes de la modificación por Ley 8/1999), por falta de requerimiento –requerimiento de cesación en la actividad, exigido hoy por el artículo 7.2.2.º LPH, del presidente de la comunidad (a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes) a quien realice la actividad prohibida–; pero se la condenó a efectuar la limpieza de la casa conforme a lo establecido en el artículo 9.2 LPH –*rectius*, artículo 9.1 b) LPH–.

²⁶⁹ Sin perjuicio de tener en consideración las precisiones sobre el *dies a quo* para el cómputo del plazo, cuestión de la que se ocupa otro apartado, el 5.8, de este trabajo. Sobre este particular, cfr., ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario al artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal», *op. cit.*, pp. 255 y 256 y ZURILLA CARIÑANA, M.ª Á., «Comentario al artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal», Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (5.ª ed.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 286 y 287.

²⁷⁰ ZURILLA CARIÑANA recuerda que esta obligación que impone la regla g) del artículo 9.1 LPH, guarda íntima conexión con la contenida en la regla a) del artículo 9.1 LPH, por cuanto el cumplimiento del deber de respeto a las instalaciones generales y demás elementos comunes, que impone, no son sino concreciones particulares del deber genérico de diligencia en el uso del inmueble, que establece la regla g) del artículo 9.1 LPH. Además, convengo con la autora en que la responsabilidad del propietario por las infracciones cometidas a que alude la regla g) del artículo 9.1 LPH, coincidirá con la que establece el artículo 7.2 LPH para los supuestos de realización de actividades dañosas en la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Por consiguiente, la sentencia que declare la responsabilidad podrá disponer, además de la cesación de la actividad prohibida y la indemnización correspondiente, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad; si el infractor no fuese propietario, la sentencia puede declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos sobre la vivienda o local así como el inmediato lanzamiento. ZURILLA CARIÑANA, M.ª Á., «Comentario al artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal», *op. cit.*, pp. 334-336.

6.2 LAS ACTIVIDADES MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS, PELIGROSAS O ILÍCITAS EN LA VIVIENDA O EN EL LOCAL ARRENDADO: LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Las relaciones vecinales en materia de arrendamientos urbanos y propiedad horizontal presentan como nota distintiva la intensidad con que se desenvuelven dichas relaciones; como reconoce Algarra Prats, estamos en presencia de una propiedad masificada, donde son constantes y frecuentes las injerencias diarias, derivadas de las cotidianas actividades domésticas o de otro tipo de actuaciones vecinales, cuyas consecuencias perturbadoras son más graves y molestas²⁷¹.

Tradicionalmente la legislación arrendaticia ha venido conteniendo ciertas previsiones normativas acerca de las relaciones de vecindad, si bien con la consecuencia única, para el caso de quebranto de las mismas, de la resolución del contrato de arrendamiento; dentro de este contexto se encontrarían el artículo 114.8.º de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos²⁷² y los artículos 27.2 e) y 35 de la actual Ley de Arrendamientos Urbanos²⁷³. En efecto, la Ley de Arrendamientos Urbanos –Ley 29/1994, de 24 de noviembre– prevé, además de una acción resolutoria genérica por incumplimiento, artículo 27.1²⁷⁴, una acción resolutoria específica a instancia del arrendador, artículo 27.2. En relación a la acción resolutoria genérica, del artículo 27.1, procede advertir que no todo incumplimiento contractual puede reputarse como causa de resolu-

²⁷¹ ALGARRA PRATS, E., «La resolución del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio por actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas», *RCDI*, núm. 639, marzo-abril. 1997, p. 309.

²⁷² En interpretación de este precepto, es exponente la STS 22 noviembre 1960 (*RJ* 1960\3755), al señalar que «del sentido gramatical de esta disposición [se está refiriendo al artículo 114.8.º] se desprenden las siguientes conclusiones: a) Que la razón de la resolución radica en el estado o situación de hecho proveniente del uso de la cosa, siendo indiferente el destino pactado en el contrato. b) Que el cumplimiento de formalidades administrativas para la instalación de la industria, no afecta a las consecuencias del mismo en el orden civil. c) Que el arrendador actúa necesariamente por dispositivo legal cuando lo solicita la mayoría de los inquilinos, por lo que es obvio que si la industria instalada en el local, de elaboración de embutidos resulta insalubre o incómoda por las emanaciones de humos y los ruidos que produce, y de otra parte cinco vecinos o siete de los nueve que ocupan el inmueble han interesado del dueño la resolución del contrato, no se infringe este apartado» (Considerando Primero). Cfr., además, las STS 14 febrero 1989 (*RJ* 1989\834) y 4 marzo 1992 (*RJ* 1992\2163).

²⁷³ Sobre estas cuestiones, cfr., MORENO MARTÍNEZ, J. A., *Conflictos de vecindad por el uso de la vivienda y locales de negocio (De acuerdo a la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Propiedad Horizontal)*, op. cit.

²⁷⁴ A tenor del artículo 27.1 LAU «El incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato dará derecho a la parte que hubiera cumplido las suyas a exigir el cumplimiento de la obligación o a promover la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1124 del Código civil».

ción, para que esto sea posible deben concurrir todos los requisitos que exige el ejercicio de la acción resolutoria por la vía del artículo 1124 CC²⁷⁵. Por lo que atañe a la acción resolutoria específica, a instancia del arrendador, comienza señalando el artículo 27.2 LAU que «Además, el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato por las siguientes causas», enumerando, a continuación, seis modalidades concretas de incumplimiento de las obligaciones del arrendatario, destacando, para lo que importa a este estudio, el apartado e) «Cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas»²⁷⁶. Son muchos los fallos de los tribunales de justicia que declaran la procedencia de la resolución del contrato de arrendamiento con fundamento en el artículo 27.2 e) LAU, así, por actividades molestas, debidas a ruidos nocturnos con música alta, altercados, insultos y vejaciones a los vecinos²⁷⁷; o por actividad insalubre, ante la acumulación de basura en la vivienda por parte de una arrendataria con síndrome de Diógenes²⁷⁸; o bien por actividades molestas ante el comportamiento molesto de la arrendataria y otros miembros de la familia, impidiendo así la normal convivencia vecinal y, en particular, por

²⁷⁵ Nótese que el artículo 27.1 LAU concede la opción entre el cumplimiento y la resolución a la parte que hubiera cumplido sus obligaciones, consagrando a nivel legislativo la doctrina jurisprudencial por la que se impide hacer valer las facultades que otorga el artículo 1124 CC al contratante que no ha cumplido sus obligaciones (*exceptio non adimpleti contractus*).

²⁷⁶ Como aprecia RAGEL SÁNCHEZ, las actividades enumeradas en la letra e) del mismo artículo 27.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos pueden coincidir parcialmente con las incluidas en la letra d) del mismo precepto, pues la causación de daños dolosos en la finca, son también causa de resolución a instancia del arrendador. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario al artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (sexta edición), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 918. Se rechazó la aplicación al caso de autos del apartado d) del artículo 27.2 LAU por la SAP Barcelona 16 mayo 2000 (*JUR* 2000\238092), porque de la prueba obrante en autos no resultaba suficientemente acreditada la producción de daños en la finca ni existía prueba alguna que permitiese imputar los mismos a los demandados; sin embargo, en aplicación del apartado e) del artículo 27.2 LAU, procedió la resolución del arrendamiento por actividades molestas (ruidos nocturnos, música alta, insultos y vejaciones a los vecinos).

²⁷⁷ SAP Barcelona 16 mayo 2000 (*JUR* 2000\238092).

²⁷⁸ SAP León 20 mayo 2008 (*JUR* 2008\330826). En el caso enjuiciado, los datos fueron concluyentes poniendo de relieve como la inquilina demandada hizo uso inadecuado de la vivienda, procediendo durante un dilatadísimo período de tiempo (15 años) a acumular en la vivienda objetos inservibles que recogía de la calle, actividad que resulta molesta para los vecinos (olores) insalubre y nociva para la salud de la inquilina y demás vecinos (riesgos de infecciones) e incluso peligrosa (riesgo de hundimiento por el peso acumulado y de incendio por la acumulación de materiales inflamables); en suma, las condiciones higiénico-sanitarias de la vivienda eran lamentables y se corría peligro de incendio, dado que tenía una cocina de butano con tres fugas y las gomas caducadas... Por parecidas causas, asimismo, en la SAP Pontevedra 30 abril 2015 (*AC* 2015\673), procedió la acción de cesación, en aplicación del artículo 7.2 LPH, ante la existencia de una actividad insalubre –malos olores– procedentes del piso de la demandada, no solo por la existencia de animales sino por la acumulación de basuras y desperdicios.

las fuertes discusiones de la pareja a cualquier hora del día²⁷⁹; o por acreditados ruidos excesivos a horas nocturnas perturbando el descanso de los vecinos²⁸⁰.

Para determinar en la jurisdicción civil si una actividad es molesta, insalubre, nociva o peligrosa, no es necesario ni suficiente que se considere así por los organismos públicos competentes, en este sentido, la STS 4 marzo 1992, declaró la procedencia de la resolución del contrato de arrendamiento urbano, por actividades incómodas (en concreto, ruido molesto y excesivo) y estimó que no impedía la resolución el hecho de no superar los límites administrativamente fijados²⁸¹.

En relación a la legitimación activa para ejercitar la acción de resolución del contrato de arrendamiento, tal y como se infiere del artículo 27.2 LAU, le corresponde al propio arrendador; sin embargo, también puede estar legitimada para el ejercicio de la acción la junta de propietarios en subrogación del propietario arrendador, tal y como dispuso la STS 16 julio 1993, que estimó la resolución del contrato por actividad incómoda e insalubre, ya que del local arrendado se desprendían gases y olores que afectaron a diversos miembros de la familia que vivía en un piso del mismo edificio, sin que, después de requerido por la comunidad el arrendador tomase medida alguna²⁸². El Tribunal Supremo, en esta Sentencia de 1993, recogiendo la doctrina jurisprudencial al respecto, declaró, con fundamento en el artículo 19.2 LPH²⁸³, que la Ley faculta a la junta para subrogarse en el lugar del propietario y, por tanto, con los mismos derechos y obligaciones, por lo que cuando, en uso de la facul-

²⁷⁹ SAP Asturias 9 diciembre 2009 (*JUR* 2010\108601).

²⁸⁰ La SAP Valencia 29 noviembre 2013 (*JUR* 2014\79619), estimó la resolución del arriendo respecto de los arrendatarios y la desestimó frente a los propietarios por haber resuelto el arriendo y ocupado la vivienda.

²⁸¹ *RJ* 1992\2163. También, la STS 16 julio 1993 (*RJ* 1993\6155), declaró que la determinación de si una actividad es molesta, incómoda, insalubre o peligrosa corresponde a los tribunales en cada caso, sin que sea preciso para la resolución contractual que tales circunstancias concurren conjuntamente, lo que constituye una situación de hecho proveniente del uso de la cosa, «que el cumplimiento de formalidades administrativas para la instalación no puede paliar en cuanto afecte al orden civil, siendo notoriamente incómodo lo que perturba aquello que es corriente en las relaciones sociales» (FD Sexto). Cfr., además, en el apartado 4.2. de este estudio, la cuestión de cómo la autorización administrativa previa no impone a los perjudicados el deber jurídico de soportar el daño.

²⁸² *RJ* 1993\6155. Asimismo, la STS 29 abril 1967 (*RJ* 1967\1951), estimó la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio, por actividades molestas y peligrosas, proceso en el que estaba legitimado activamente el presidente de la junta de dueños. La junta de propietarios procedió, así, contra el arrendatario de local de negocio, por haber instalado en el local una industria de fabricación y un almacén de pinturas que producía los olores y resultaba peligrosa por los materiales que se manipulaban.

²⁸³ Primitiva redacción de la LPH de 1960; hoy, cfr., la redacción actual del artículo 7.2 LPH, del que puede inferirse similar doctrina, al legitimar al presidente de la comunidad, previa autorización de la junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, a ejercitar la acción de cesación (cfr., el apartado 3.º del artículo 7.2 LPH).

tad que le confiere dicho precepto, la junta de propietarios ejercita la acción correspondiente por subrogación o sustitución del titular de la misma (arrendador) ante la negativa de este a ejercerla, es obvio que dicho titular de la acción no tiene que ser llamado al proceso, pues su posición procesal, que habría de ser la de demandante, no la de demandado, ya está plenamente cubierta por el mecanismo de la legitimación por sustitución, a través del cual la resolución que recaiga en el proceso le afectará del mismo modo que si él, personalmente, hubiera ejercitado la acción que no ejerció por su negativa o negligencia para hacerlo (FD Tercero).

Por otra parte, en relación a los arrendamientos para un uso distinto del de vivienda²⁸⁴, la tercera remisión del artículo 35 LAU, es a la causa de resolución de pleno derecho previsto en la letra e) del artículo 27 LAU [que se acaba de examinar en este mismo epígrafe], cuando en la finca tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Como observa la doctrina, y estimo que es consideración extrapolable al supuesto del artículo 27.2 e) LAU [que se acaba de examinar], salvo en el caso de las actividades ilícitas, la apreciación de las otras actividades como causa de resolución, dependerá de la naturaleza y características de la finca, por un lado, así como del uso pactado expresa o tácitamente por las partes para la misma; asimismo se estima, con razón, que las actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas no pueden ser las mismas en el arrendamiento de un piso que en el de una nave situada en un polígono industrial y que no puede ser causa de resolución la molestia, insalubridad, nocividad o peligrosidad, que sea inherente al uso que se haya pactado para el arrendamiento y su apreciación no puede ser la misma si el destino pactado es el de un despacho de abogados que si es un taller de carpintería²⁸⁵.

Tampoco es necesario que las actividades molestas se desarrollen en la vivienda propiamente dicha, también, tales actividades incívicas son sancionadas si se realizan en los elementos comunes. Resulta especialmente significativa en este sentido, la SAP Valencia 24 septiembre 2014, que declaró la procedencia de la resolución del contrato de arrendamiento a instancia del arrendador. Así, después de reconocer que en el caso de autos se sancionaba la realización por la demandada de actos singulares e incómodos y

²⁸⁴ Por lo tanto, al igual que ocurre respecto a todos los demás artículos del Título III de la LAU, dedicado al arrendamiento para un uso distinto del de vivienda (cfr., el art. 4.3 LAU), cabe un pacto en contrario, que disminuya o elimine los supuestos de resolución de pleno derecho, los aumente, o incluso establezca otros (cfr., los arts. 1255 y 1569.3.º CC).

²⁸⁵ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 35 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (sexta edición), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 1033.

molestos para los vecinos que habitan el inmueble que afectan a la normal convivencia pacífica y exceden de lo usual y corriente en las relaciones sociales y, en concreto, en las relaciones de vecindad, «cuya protección no se limita a lo establecido en los artículos 7.2, 590, 1902, 1903 y 1908 del CC, sino que se extiende a lo regulado en los artículos 7.2 de la LPH y 27.2 e) de la LAU», concluyó que esa protección no queda circunscrita a actividades, entendidas estas como tareas propias de una persona o entidad, realizadas necesariamente dentro de la vivienda, sino que se extiende a actos o comportamientos visibles, audibles o apreciables, realizados en el ámbito del régimen de la propiedad horizontal que comprende tanto los espacios privativos (vivienda) como los elementos comunes (terraza, zaguán, escalera...), y en el presente caso, la actividad incívica de la demandada se ha desarrollado tanto dentro de la vivienda por ella arrendada, como en la terraza del edificio y en el zaguán de la finca (FD Primero)²⁸⁶.

Por último y por lo que atañe al plazo de prescripción de esta acción resolutoria del contrato de arrendamiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 1964.2 CC, como acción personal que no tiene señalado plazo especial, prescribe «a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación»²⁸⁷. Esto es así, porque la Ley de Arrendamientos Urbanos se remite al régimen general del Código civil en todos aquellos derechos, obligaciones y acciones que resulten de los contratos de arrendamiento, cuando no exista plazo específico de prescripción (Disposición Adicional 10.^a LAU). A mayor abundamiento, el apartado primero del artículo 27 LAU, que se estudia en este epígrafe, cita el artículo 1124 CC, al regular la acción resolutoria genérica por incumplimiento del contrato y señala expresamente que la parte que cumple puede, o bien exigir el cumplimiento de la obligación o bien «promover la resolución del contrato de acuerdo con el artículo 1124 del Código civil», y es bien sabido que la prescripción de la acción resolutoria (*ex art.* 1124 CC), aplica el plazo previsto para las acciones personales por el artículo 1964 CC.

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

1.^a *Sobre la competencia de la jurisdicción civil en materia de inmisiones.* El artículo 45 CE proclama el derecho de los ciuda-

²⁸⁶ *JUR* 2015\51615.

²⁸⁷ Plazo de prescripción de cinco años y no de quince, tras la modificación del artículo 1964 CC por la Disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

danos a disfrutar de un medio ambiente adecuado, al tiempo que establece para quienes incumplan la obligación de utilizar racionalmente los recursos naturales, sanciones penales o, en su caso administrativas «así como la obligación de reparar el daño causado». Se acepta, por tanto, desde la Constitución, el triple frente de protección del medio ambiente: civil, penal y administrativo. Por lo demás, el Tribunal Constitucional reconoce el carácter complejo, polifacético y multidisciplinar que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente (por todas, cfr., las STC 64/1982, 4 noviembre y 102/1995, 26 junio). A la vista de este fundamento no puede extrañar que mediante el presente estudio se pretenda reivindicar el relevante papel que en todas las cuestiones relacionadas con el problema de las inmisiones, que hoy puedan calificarse de «medioambientales», debe jugar el Derecho civil, no en vano, el Tribunal Supremo reconoció que «fue siempre ante la jurisdicción civil donde los particulares obtuvieron con más frecuencia la satisfacción de sus pretensiones tanto indemnizatorias como de cese de la actividad perjudicial» (STS 31 mayo 2007). En fin, lo resume muy bien, el *leading case* resuelto por la STS 12 diciembre 1980, cuando declaró que «en esta zona de tangencia entre la jurisdicción común y la contencioso-administrativa hay que distinguir entre lo que es materia que atañe a la propiedad privada y a su protección, de incuestionable carácter civil, y lo que afecta a intereses generales o públicos de inequívoca naturaleza administrativa». Sin perjuicio de la apuesta doctrinal por la competencia del Derecho civil en este ámbito, cuando se reconoce «el papel irrenunciable que desempeña el Derecho privado en la protección del medio ambiente» (Alonso Pérez).

2.^a *Sobre la tutela judicial civil de los derechos fundamentales*. Modernamente, a raíz del reconocimiento constitucional de unos derechos fundamentales, con tutela jurídica reforzada, pues son susceptibles en caso de desconocimiento o vulneración, en sede interna, de recurso de amparo y, en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del agotamiento de la instancia supranacional que representa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha abierto paso con gran empuje, la tendencia doctrinal y jurisprudencial a considerar las inmisiones como gravemente nocivas, cuando afectan a la persona, en relación a sí misma, su domicilio o a su intimidad, porque suponen atentados o agravios a derechos fundamentales. De ahí que, como reconoció la STS 19 marzo 2013, merced a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se haya producido una especie de «retorno a lo fundamental permitiendo que sobre la maraña legislativa se impon-

ga lo evidente, el derecho a la intimidad domiciliaria, y que frente a las inmisiones patentes pueda reaccionarse incluso por la vía de la protección civil de los derechos fundamentales». Por consiguiente y con apoyo en estas consideraciones, se defiende en el presente estudio que los derechos constitucionales sirvan para informar, interpretar e integrar incluso, las relaciones de vecindad. Asimismo, por medio de este trabajo se procede a abocetar una cuestión que aparece de modo recurrente en las resoluciones de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo y, precisamente, en conflictos vecinales, que consiste en realizar un juicio de ponderación sobre diferentes derechos fundamentales que con frecuencia entran en colisión o conflicto en el ámbito del Derecho vecinal, de forma significativa los derechos a la libertad de expresión y de información y el derecho al honor (cfr., en especial, las STS 30 diciembre 2010 y de 5 junio 2014).

3.^a *Sobre cómo ni la pre-ocupación elimina por sí sola la obligación de indemnizar, ni la autorización administrativa o licencia impone el deber de soportar el daño.* En este trabajo se dedicará un apartado especial a sendas cuestiones que ocupan buena parte de los conflictos jurisdiccionales en materia de Derecho de vecindad, a saber: por una parte, se tratará de descartar la idea de que la pre-ocupación o prioridad en el uso suponga negar la indemnización por actividades contaminantes a quienes se estableciesen en el lugar después de haberse iniciado tal actividad, aunque propugno atemperar esta doctrina con la aplicación de principios generales, como el de la buena fe, para negar la indemnización, no por situarse en el lugar con posterioridad, sino porque, por ejemplo, a sabiendas se sitúa en suelo no residencial; por otra parte, se defiende que la previa autorización administrativa no exime de la obligación de reparar el daño causado, porque autorizar una actividad no equivale necesariamente a imponer a los vecinos el deber jurídico de soportar todo perjuicio que la actividad produzca.

4.^a *Sobre los remedios jurídicos y su alcance, frente a inmisiones dañosas en las relaciones vecinales.* El eje sobre el que gravitan la mayoría de los apartados de este estudio, es el de los remedios jurídicos de defensa vecinal que ofrece nuestro ordenamiento jurídico a fin de proporcionar la plena indemnidad al perjudicado por las inmisiones dañosas; quedaría incompleto el examen de las relaciones de vecindad si no estudiásemos el aspecto del daño y de la acción de resarcimiento. Por consiguiente, en el apartado destinado a analizar los diferentes recursos de los que dispone el particular frente a las inmisiones, se comienza con la acción negatoria, desde la perspectiva de considerarla en general como una acción

apta para reprimir las perturbaciones de hecho e inmisiones en el goce de la propiedad que rebasan los límites de la normal tolerancia; a continuación, se enmarca la pretensión resarcitoria por daños medioambientales en el ejercicio de la acción resarcitoria por abuso de derecho, aplicación de la doctrina del abuso del derecho (*ex art. 7.2 CC*), de larga tradición jurisprudencial para remediar usos anormales o excesivos del derecho de propiedad que no tienen que ser soportados; no se descuida el análisis especial de las acciones de resarcimiento del daño derivado de las relaciones de vecindad, para dar virtualidad al principio «*alterum non laedere*», fundamento de la responsabilidad extracontractual, que tiene su plasmación normativa en los artículos 1902 y siguientes del Código civil y que en el seno de las relaciones de vecindad tiene su concreto reflejo en el artículo 1908 CC. Otro de los aspectos que se estudian es contemplar la posibilidad de la reclamación de los daños morales, que, cada vez con más asiduidad aparece en las resoluciones de los tribunales que resuelven asuntos relacionados con las inmisiones dañosas, sobre todo, a raíz de una copiosa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial, en materia de inmisiones ruidosas; además, el obstáculo que supondría la prueba del daño moral, prácticamente queda descartado, pues, a diferencia de los daños morales procedentes de otras causas, estimo que los derivados de inmisiones dañosas y evidentes, que rebasan, por tanto, los límites de la normal tolerancia, permite la aplicación a estos casos de la doctrina de la *in re ipsa loquitur*; sin perjuicio de que en aras de la reparación integral del daño (*full damages rule*), proveniente de inmisiones dañosas, se estudie la indemnización del lucro cesante, en especial, dada mi convicción de que las inmisiones, si son calificadas de ilegítimas, no solo causarán daños efectivos, sino también ganancias previsibles que por el acaecimiento del daño no podrán percibirse; además, al tiempo que se estudia esta cuestión, se analizará la obligación del perjudicado por la inmisión de mitigar el daño, que tendrá especial aplicación en este ámbito y posibilitará que una vez tomadas las medidas (razonables) por el perjudicado para evitar o reducir el daño, el causante del perjuicio pueda sustituir o reducir la indemnización del lucro cesante por la indemnización del coste de las medidas adoptadas por el que sufría el perjuicio, para evitarlo o reducirlo; otro de los preceptos que serán objeto de análisis especial, será el de la tutela preventiva que dispensa el artículo 590 del Código civil, al tiempo que se estudia la importancia que para esta materia tiene la obligación de la adopción de medidas de prevención en evitación de ulteriores lesiones patrimoniales. Por lo que atañe a la naturaleza de la

responsabilidad derivada de inmisiones dañosas, que, normalmente, llevan aparejado el riesgo, convengo con la doctrina mayoritaria que defiende que participa del carácter objetivo predicable de la sancionada en el artículo 1908.2.º del Código civil, que hace responder a los propietarios de los daños causados «Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades»; o, cuando menos, pueda invocarse la presunción *iuris tantum* de culpa en el demandado; también, ocupa la atención de este estudio tanto el plazo de prescripción de la responsabilidad, que, por ejemplo, cuando se defiende que es extracontractual, será de un año (*ex art. 1968.2.º CC*), como la cuestión relativa al término inicial para el cómputo del plazo (*dies a quo*), ya que con frecuencia, los daños derivados de inmisiones se califican como daños «continuados», por lo que el cómputo del plazo se retrasa hasta la producción definitiva del resultado. Por último, en otro de los apartados de este trabajo no se descuidará el estudio de estas cuestiones en una legislación especial de particular relevancia en las relaciones de vecindad, como es la constituida por la legislación de propiedad horizontal, de arrendamientos urbanos y también de ordenación de la edificación, con preceptos *ad hoc* para proscribir las inmisiones dañosas en comunidades de vecinos, que trata de evitar determinadas actividades que sobrepasan los límites del uso razonable de su derecho o de la normal tolerancia en las relaciones de vecindad y que causan perjuicios o inmisiones sustanciales, que impiden el adecuado uso del edificio ya sea en los elementos comunes ya en los privativos. En estos casos, se propugna mantener esa normativa pero acomodada y con las pertinentes remisiones a los preceptos que el Código civil disponga para el Derecho vecinal.

5.^a La propuesta de *lege ferenda*.

No se compadece bien con la transcendental relevancia que hoy tiene el Derecho vecinal y, en particular, el interés que tendría el disciplinar las inmisiones que el propietario debe tolerar, así como los remedios que le asisten frente a inmisiones dañosas que no debe soportar, con el hecho reconocido por la doctrina de que una de las lagunas más notorias de nuestro Código civil sea la ausencia de algún precepto general sobre las inmisiones, sin perjuicio del carácter trasnochado de las normas en las que los tribunales amparan la protección el Derecho vecinal. Por consiguiente, estimo que un estudio de esta índole reclama, cuando menos, alguna propuesta de *lege ferenda*. Para tal fin, se requiere, en primer lugar, situar sistemáticamente la susodicha regulación, que se propone breve con remisiones a principios generales como el de la buena fe o el abuso del derecho y a derechos fundamentales reconocidos por

nuestra Carta Magna. Convengo con la más autorizada doctrina en que el Derecho de vecindad tendría su asiento en el Libro correspondiente a los Derechos reales, aunque se conformase como un capítulo autónomo, con sustantividad propia.

Hasta cierto punto puede sostenerse, con el Tribunal Supremo, que «el muy notable y progresivo crecimiento de la normativa sobre esta materia [...], no necesariamente se traduce en una mayor protección efectiva del particular frente al daño, pues no pocas veces es la propia sobreabundancia de normas lo que dificulta la protección de sus derechos subjetivos» (cfr., las STS de 31 mayo 2007 y de 19 marzo 2013). Por consiguiente, en este estudio se defiende la necesidad de una nueva normativa relativa al Derecho vecinal que se sitúe en el ámbito de la regulación de los Derechos reales y que aglutine los diferentes remedios de los que puede disponer el particular frente a agresiones dañosas; por ejemplo, tratando de encontrar un lugar para la regulación de las acciones negatoria, de prevención y de cesación de inmisiones; sin que las diferentes normas abocadas a un mismo fin aparezcan desperdigadas en diferentes capítulos e incluso libros del Código civil (piénsese por ejemplo, en el encaje sistemático del art. 590 y de los arts. 1902, 1903 y 1908 del Código civil), sin perjuicio de las remisiones pertinentes a principios generales como el de la buena fe o la interdicción del abuso del derecho. Asimismo, convendría unificar los plazos para el ejercicio de las correspondientes acciones y concretar el *dies a quo* para el cómputo del plazo. Sin perjuicio de contemplar la pertinencia de la indemnización tanto del daño moral, como del lucro cesante, de fácil acomodo en este ámbito en el que inmisiones, por ejemplo, la de ruidos, pueden ocasionar no solo perjuicios efectivos y presentes, sino también pérdidas de ganancias previsibles que por el acaecimiento del daño no podrán percibirse. Al mismo tiempo, se deberá hacer referencia expresa en alguna norma al deber del perjudicado, derivada de haber sufrido inmisiones dañosas, de, conforme a las exigencias de la buena fe, mitigar el daño, so pena de no obtener la reparación del perjuicio si no cumple tal deber (carga).

Recapitulando, declarada ya la pertinencia de una regulación *ad hoc* para las inmisiones en las relaciones vecinales, creo que sería incluso bastante con dos preceptos que pergeñasen todas las cuestiones aludidas; pero, eso sí, que disciplinasen, separadamente, por una parte, una norma destinada a regular: a) las inmisiones lícitas o tolerables, consecuencia del uso normal de los inmuebles, que, al resultar inocuas o causar perjuicios no sustanciales, deben permitirse, ya que «las restricciones a las facultades dominicales

han de interpretarse limitadamente» (cfr., por ejemplo, las STS de 27 noviembre 2008 y de 5 mayo 2015); sin perjuicio de que si al socaire de actividades toleradas o incluso autorizadas administrativamente, se ocasionan daños o incomodidades, se prevean tanto la indemnización correspondiente, como la adopción de medidas para atenuar o evitar los perjuicios; por otra parte, un artículo destinado a disciplinar b) las inmisiones ilícitas, actividades [incluso, actitudes] persistentes, que causen daño, a las personas y a las propiedades, en general, sin necesidad de especificar cuáles sean, para que con esa fórmula abierta, puedan los tribunales tener un margen de discrecionalidad, para que «en la lucha entre dos situaciones vecinales prevalezca la que se apoye en el interés social, si la vida íntima familiar del vecino no se inquieta» y para que sea «en cada caso concreto la situación fáctica la determinante de la resolución procedente» (STS 17 febrero 1968), con remisión a principios generales, para que el uso del inmueble se realice, singularmente, conforme a las exigencias de la buena fe, con proscripción del abuso del derecho y respeto a derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente; asimismo, la norma establecería la exigencia de responsabilidades, con previsión tanto de la indemnización correspondiente, como de la adopción de medidas necesarias para impedir la persistencia en el daño o en el abuso; debería, además, estar prevista la posibilidad de exigir la reparación del daño moral y del lucro cesante, así como el deber del perjudicado por la inmisión de mitigar el daño. Además, tanto para el caso, actividades lícitas o tolerables, como para el de las ilícitas o intolerables, cuando proceda estimar alguna suerte de reparación, cumple fijar un plazo para el ejercicio de la acción, así como del *dies a quo*, siempre en aras de la seguridad jurídica.

En fin, a mi juicio, un instrumento judicial que no resultaría desdeñable en este ámbito de daños por inmisiones nocivas sería el acceso a la justicia de los intereses difusos por medio del recurso a las acciones colectivas, las *class actions*, que servirían para la tutela procesal de tales intereses; para la tutela del medio ambiente sería un medio valioso, no en vano, los que disfrutamos del medio ambiente y de las relaciones vecinales somos una suerte de consumidores y usuarios, que deberíamos tener acceso a acciones colectivas, bien por medio de grupos perfectamente determinados o determinables, bien a través de asociaciones de vecinos; paralelamente, debería articularse la posibilidad de la responsabilidad colectiva de grupos o agrupaciones (por ejemplo, de empresas o de personas jurídicas), causantes de daños «medioambientales».

BIBLIOGRAFÍA

- ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, McGraw-Hill, Madrid. 1995.
- «La resolución del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio por actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas», *RCDI*, núm. 639, marzo-abril. 1997, pp. 303-357.
- «Comentario a la STS 2 febrero 2001», *CCJC*. 2001, 57, núm. 1540, pp. 607-622.
- ALONSO PÉREZ, M.: «La propiedad horizontal. Especialidades de su contenido como derecho», *RDP*, t. LXI, febrero. 1977, pp. 85-103.
- «Las relaciones de vecindad» –Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 5 de noviembre de 1979–, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. 1981, t. XXIII, pp. 35-75.
- «Las relaciones de vecindad», *ADC*. 1983, t. XXVI, fasc. II, pp. 357-396.
- «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1987», *CCJC*, septiembre/diciembre. 15, núm. 407, 1987, pp. 5255-5269.
- «Prólogo» a la obra de MORENO TRUJILLO, E., *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona. 1991, pp. 9-16.
- «La tutela del Derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid. 1996, pp. 4783-4806.
- ÁLVAREZ OLALLA, P.: «Comentario al artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal», Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (5.ª ed.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 219-270.
- AMAT LLARI, M.ª E.: «La regulación de las inmisiones en el CC», *Centenario del Código civil (1889-1989)*, t. I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid. 1990, pp. 73-99.
- AMAYA ARIAS, Á. M.: *El principio de no regresión en el Derecho ambiental*, Iustel, Madrid. 2016.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE: «Comentario al artículo 1106 del Código civil», *Comentario del Código civil*, t. II (2.ª ed.), Ministerio de Justicia, Madrid. 1993, pp. 45-53.
- «Comentario al artículo 1908 del Código civil», *Comentario del Código civil*, t. II (2.ª ed.), Ministerio de Justicia, Madrid. 1993, pp. 2045-2050.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.: «Comentario al artículo 1106 del Código civil», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t. VI (Arts. 1043 a 1264), Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, pp. 8102-8116.
- AVIÑÓ BELENGUER, D.: «Criterios de ponderación de la excesividad y nocividad de la inmisión y del uso normal de la actividad», *Diario La Ley*, núm. 8604, 14 de septiembre de 2015.
- «Consecuencias jurídico-privadas en materia de inmisiones de la remisión del artículo 590 del Código civil a las normas ambientales y urbanísticas y de su cumplimiento o incumplimiento», *Actualidad civil* (en línea) –Derechos reales e hipotecario– núm. 2, 2016.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 35 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (sexta edición), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1027-1036.

- BONFANTE, P.: *Las relaciones de vecindad* –Traducción, prólogo, concordancias y apéndice de Alfonso GARCÍA VALDECASAS–, primera edición, Reus, Madrid. 1932.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento», *Revista Española de Seguros*, julio/septiembre. 1988, núm. 55, pp. 31-62.
- *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1996.
- CALVO SOTELO, J.: *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid. 1917.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Temas de Derecho civil*, Ed. Marisal, Madrid. 1972.
- COCA PAYERAS, M.: «Comentario al artículo 590 del Código civil», *Comentario del Código civil*, t. I (2.ª ed.), Ministerio de Justicia, Madrid. 1993, pp. 1495-1498.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «La responsabilidad civil por daños al medio ambiente», *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 5, 1990, pp. 11-19.
- CUADRADO PÉREZ, C.: *Ruido, inmisiones y edificación*, Reus, Madrid. 2005.
- DÍAZ BRITO, F. J.: *El límite de tolerancia en las inmisiones y relaciones de vecindad*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999.
- DÍAZ ROMERO, M.ª DEL R.: «Inmisiones en el Derecho de propiedad y acción negatoria (Comentario a la STSJ Cataluña 17 febrero 2000 (RJ 2000, 8160))», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 9, 2002-2, pp. 415-424.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «La responsabilidad civil hoy», *ADC*. 1997, t. XXXII, fasc. IV, pp. 727-738.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. VI. *Derechos reales*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. III (t. I). *Derechos Reales en general* (octava ed.), Tecnos, Madrid. 2012.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: «La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente», *Revista Jurídica Española La Ley*. 1996, t. 5, pp. 1419-1421.
- DOLZ LAGO, M.-J.: «Caso “Contaminación por gases de efecto invernadero”. Delito ecológico: emisiones atmosféricas que dañan la capa de ozono», *Diario La Ley*, núm. 8678, 11 enero de 2016.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Comentario al artículo 1968 del Código civil», en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid. 2010, pp. 2132-2134.
- EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid. 1994.
- «Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio (A propósito de la Sentencia del TEDH de 9 de diciembre de 1994)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 9, 1996, pp. 323-364.
- «Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedente de una zona de ocio nocturno, recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 2001, pp. 69-106.
- «Irrelevancia del uso previo y de la participación de los perjudicados en la actividad inmisiva como criterios reductores de la indemnización. Comentario a la STS. 1.ª, de 2 de febrero de 2001», *InDret*, Working Paper núm. 98, Barcelona, julio de 2002 [*InDret*, núm. 3, 2002].
- «Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente», en José ESTEVE PARDO (Coord.), *Derecho al medio ambiente y administración local* (2.ª ed.), Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona. 2006, pp. 389-426.

- «Comentario al artículo 553-40 del CC de Cataluña», Antonio GINER GARGALLO (Dir.) y Vicenç CLAVELL HERNÁNDEZ (Coord.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, t. II (Arts. 553-1 a 563-4), *Registradors de Catalunya* Bosch, Barcelona. 2008, pp. 916-932.
- EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad (Aspectos civiles, administrativos y urbanísticos)*, Comares, Granada. 2000.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *El medio ambiente y las vecindades industriales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid. 1973.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J.: «Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral», en Francisco MARÍN CASTÁN (Dir.), *Protección del Derecho de propiedad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 1994, pp. 113-214.
- «La tutela civil frente al ruido», en Francisco MARÍN CASTÁN (Dir.), *La tutela judicial frente al ruido*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 2003, pp. 273-376.
- *La tutela civil frente al ruido*, Cuadernos Civitas, Madrid. 2003.
- FUENTES LOJO, J. V. y FUENTES-LOJO LASTRES, A.: *Comentarios a la Ley estatal de propiedad horizontal*, t. I., Bosch, Barcelona. 2009.
- FUENTES-LOJO RIUS, A.: «Prohibición de explotación turística de la vivienda por ser contraria a la convivencia normal de la comunidad de propietarios», *Diario La Ley*, núm. 8709, Sección Tribuna. 24 de febrero de 2016, Ref. D-83, Editorial La Ley (en línea).
- GARCÍA RUBIO, M.^a P.: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid. 1991.
- GARCÍA SÁNCHEZ, J.: *Teoría de la immissio*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo. 1999.
- GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona. 1998.
- «Sobre el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Civil derivada de actividades con incidencia ambiental», *Revista Derecho y Medio Ambiente. Revista Jurídica para el Desarrollo Sostenible*, vol. 1, núm. 0, 1999, pp. 65-102.
- GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M.: *Las relaciones de vecindad*, Ediciones Nauta, Barcelona. 1967.
- HERNÁNDEZ GIL, A.: «Prólogo» a la monografía de MARTÍN BERNAL, J. M., *El abuso del Derecho (Exposición, descripción y valoración del mismo)*, Editorial Montecorvo, Madrid. 1982, pp. 9-11.
- *Obras completas* (t. IV) *Derechos reales. Derecho de sucesiones*, Espasa-Calpe, Madrid. 1989.
- HERRERA DEL REY, J.: «Ruido y propiedad Horizontal (y II)», *Revista SepinNET (Propiedad Horizontal)*, núm. 249, julio-agosto. 2004, pp. 10-39.
- HUALDE MANSO, M.^a T.: «La caución por el daño temido de la Ley 351.2 del Fuero Nuevo», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 37, 2004, pp. 45-74.
- «Inmisiones provocadas por establecimientos industriales autorizados (Comentario a la sentencia del T. S. J. de Navarra, de 3 de mayo de 2004)», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 39, 2005, pp. 177-192.
- «La pre-utilización de los inmuebles y las inmisiones», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2011 (Parte comentario) –BIB 2011\359– (en línea).
- JORDANO FRAGA, J.: *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona. 1995.

- «Responsabilidad por daños al medio ambiente», en José ESTEVE PARDO (Coord.), *Derecho al medio ambiente y administración local* (2.^a ed.), Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona. 2006, pp. 427-459.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*. III. *Derechos Reales*, vol. primero: *posesión y propiedad* –nueva edición revisada y puesta al día por Agustín LUNA SERRANO–, Dykinson, Madrid. 2000.
- LAUROBA LACASA, E.: «Comentario a los artículos 544-3 a 544-7 del CC de Cataluña», Antonio GINER GARGALLO (Dir.) y Vicenç CLAVELL HERNÁNDEZ (Coord.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, t. I (Arts. 511-1 a 552-12), *Registradors de Catalunya* Bosch, Barcelona. 2008, pp. 543-563.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, C. V.: «La inmisión o actividad molesta en la propiedad horizontal: límite al derecho de uso», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 11, 2003-2, pp. 361-368.
- LLAMAS POMBO, E.: «Comentario al artículo 1106 del Código civil», en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid. 2010, pp. 1217-1219.
- MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Madrid. 2004.
- MAGRO SERVET, V.: *Aspectos procesales y sustantivos de las acciones de cesación del art. 7.2 LPH en las comunidades de propietarios*, La Ley, Madrid. 2011.
- «La protección civil respecto a los excesos del ruido», *ElDerecho.com* (22.11.2012) –www.elderecho.com–.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.: «Comentario a los artículos 1907 a 1910 del Código civil», *Comentarios al Código civil español* (sexta ed.), t. XII, Reus, Madrid. 1973, pp. 903-919.
- MARTÍ MARTÍ, J.: «Inmisiones sonoras derivadas de conciertos y festivales musicales. Prevalencia del derecho al descanso y de la inviolabilidad del domicilio», *Diario La Ley*, núm. 8749, Sección Tribuna. 26 de abril de 2016, Ref. D-175, Editorial La Ley (en línea).
- MARTÍN BERNAL, J. M.: *El abuso del Derecho (Exposición, descripción y valoración del mismo)*, Editorial Montecorvo, Madrid. 1982.
- MARTÍN CASALS, M.: «Prólogo» a la monografía de RUDA GONZÁLEZ, A., *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 15-17.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional (Auto de 13 de octubre de 1987, en relación con la clausura de un bar en Sevilla)», *Revista de Administración Pública*, núm. 115, 1988, pp. 205-231.
- «El ruido en la reciente jurisprudencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, pp. 319-342.
- MASFERRER, A.: «Las inmisiones en el Derecho español (1850-2000)», *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia. 2011, pp. 1583-1615.
- MIGUEL PERALES, C. DE: *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, (2.^a ed.), Civitas, Madrid. 1994.
- MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante* –Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como

- Académico de Número—, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid. 2010.
- MORENO MARTÍNEZ, J. A.: *Conflictos de vecindad por el uso de la vivienda y locales de negocio (De acuerdo a la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Propiedad Horizontal)*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999.
- MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona. 1991.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A.: *Las inmisiones y molestias medio ambientales. Tutela preventiva civil*, UPCO Dykinson, Madrid. 1997.
- NIETO ALONSO, A.: «La acción negatoria como posible cauce civil para la tutela del medio ambiente», *Actualidad Civil*. 2001, t. IV, pp. 1591-1630.
- ORS, Á. d': *Derecho privado romano* (décima edición), Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona. 2004, § 153 y § 191.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario al artículo 1902 del Código civil», *Comentario del Código civil*, t. II (2.ª ed.), Ministerio de Justicia, Madrid. 1993, pp. 1971-2003.
- PARRA LUCÁN, M.ª Á.: *La protección al medio ambiente*, Tecnos, Madrid. 1992.
- PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al artículo 1908 del Código civil», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código civil, t. IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, pp. 13038-13041.
- PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: Traducción al español con anotaciones a la obra de ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil. Derecho de Cosas* (Tercer Tomo, Volumen primero: posesión.— Derecho inmobiliario.— Propiedad), Bosch, Barcelona. 1971.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *InDret*, núm. 1, 2015.
- PULIDO QUECEDO, M.: «La dispar lucha contra el ruido en la reciente jurisprudencia constitucional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, (Parte Tribuna), núm. 3/2004.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Comentario al artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (sexta edición), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 877-951.
- ROCA JUAN, J.: «Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho Civil y Medio Ambiente)», *ADC*. 1986, t. XXXIX, fasc. III, pp. 763-786.
- RUDA GONZÁLEZ, A.: «Comentario a la STS 14 marzo 2005», *CCJC*. 2006, 71, núm. 1888, pp. 695-744.
- *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- «Comentario a la STS 12 enero 2011», *CCJC*. 2012, 88, núm. 2339, pp. 213-237.
- SÁINZ MORENO, F.: «Sobre el ruido y la policía de la tranquilidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1976. Ponente: don José Gabaldón)», *REDA*, núm. 15, 1977, pp. 664-668.
- SALVADOR CODERCH, P. Y SANTDIUMENGE FARRÉ, J.: «La acción negatoria (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1987)», *Poder Judicial*, núm. 10, 1988, pp. 117-124.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P.: «La privación del uso de la vivienda como sanción en la Ley de Propiedad Horizontal (Al hilo de la Sentencia del Tribunal

- Constitucional 28/1999, de 14 de abril)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000-1, pp. 111-124.
- SANTOS BRIZ, J.: «Comentarios a los artículos 1907, 1908 y 1909 del Código civil», en Manuel ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIV –Artículos 1887 a 1929 del Código civil–, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1984, pp. 614-657.
- SEUBA TORREBLANCA, J. C.: «Comentario los artículos 546-13 y 546-14 del CC de Cataluña», Antonio GINER GARGALLO (Dir.) y Vicenç CLAVELL HERNÁNDEZ (Coord.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, t. I (Arts. 511-1 a 552-12), *Registradors de Catalunya* Bosch, Barcelona. 2008, pp. 651-659.
- VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, t. II, Talleres tipográficos Cuesta, Valladolid. 1920-1921.
- ZURILLA CARIÑANA, M.^a Á.: «Comentario al artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal», Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (5.^a ed.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 273-352.



El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC)¹

CARMEN LEONOR GARCÍA PÉREZ

Profesora Titular de Universidad de Derecho civil
Universidad de Murcia

RESUMEN

En los últimos años existe una decidida labor modernizadora del Derecho de obligaciones y contratos debido a múltiples razones: la obsolescencia de alguna de las reglas de los Códigos Civiles de primera generación, el mercado único, la globalización en las transacciones, la seguridad jurídica, son algunos de los motivos que han marcado una intensa labor en este ámbito. En España, como en el resto de los países europeos, diferentes propuestas se han dirigido a este fin con el firme propósito de armonizar y actualizar diversos aspectos del contrato. Este interés se aprecia, fundamentalmente, en el momento de perfección del contrato, su contenido y determinación del objeto contractual. Este último aspecto ha sido tratado con especial detenimiento en lo que afecta al contrato de compraventa con ausencia de precio determinado.

PALABRAS CLAVE

Unificación normativa, Derecho contractual europeo, Perfección del Contrato, precio, determinación del precio, precio abierto.

¹ El artículo es resultado de la investigación llevada a cabo en el marco de los Proyectos DER2014-57869-P del Ministerio de Economía y Competitividad y DER-20228, Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

ABSTRACT

In recent years decided steps have been taken to achieve the modernisation of the law of obligations and contracts due to multiple reasons: the obsolescence of some of the rules of the Civil Codes of first generation, the single market, globalization in transactions, legal certainty, are some of the reasons underlying the extensive work in this area. In Spain, as in other European countries, various proposals have followed this trend with the firm intention to harmonize and update various aspects of the law of contract. Special attention, in particular, is paid to the perfection of contract, its content and determination of the contractual object. This last aspect has been focused on the contract of sale with indefinite purchase price.

KEYWORDS

Normative unification, European contract law, Perfection of the Contract, price, Determination of the price, open price.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El contenido del contrato.* 1. El contrato incompleto: La falta de determinación de los elementos esenciales y no esenciales. 2. La determinación del objeto del contrato.—III. *El precio determinable como objeto de la prestación.* 1. Precio determinado o determinable en el contrato de compraventa del Código Civil. 2. La determinación del precio en otros ordenamientos. 3. La posible antinomia entre los artículos 14 y 55 de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. 4. La concreción del precio en los nuevos modelos.—IV. *Los diversos mecanismos de determinación del precio.* 1. La falta de pacto en la elección del criterio que cuantifique el precio. 2. Determinación del precio por una de las partes del contrato. 3. Determinación por tercero. 4. La determinación judicial.—V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace ya varias décadas se viene acometiendo en diversas instancias europeas y nacionales la elaboración de propuestas tendentes a actualizar el Derecho Privado y, muy especialmente, el Derecho de obligaciones y contratos. Y es que referido a este concreto ámbito, la existencia de un mercado único europeo ha llevado, con toda probabilidad, a considerar la necesidad de

armonizar la legislación que le sirva de soporte². Pero no solo esta razón es argumento que incentiva la existencia de una reglamentación uniforme, a ella se suman otras de carácter económico y jurídico. Dotar de agilidad los acuerdos transnacionales aumentando con ello las posibilidades de cerrar contratos, redundaría en un aumento de la capacidad económica de los diferentes países, lo que se vería implementado si los contratantes tienen la seguridad jurídica de que, independientemente de con quién contraten, las reglas aplicables no variarían sustancialmente³.

² Esta aspiración implicaría una triple alternativa: adoptar un único instrumento vinculante (como en sus inicios proponía el Parlamento Europeo y cuyo reflejo se podría encontrar en el Código Europeo de Contratos del Proyecto de Pavía), un modelo opcional (como hasta el momento se pretendía con la Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa Común de la Compraventa Europea, CESL, artículo 3 en relación con el 5 del Reglamento), o finalmente, sugerir unos principios armonizadores que, no siendo vinculantes, sin embargo podrían ser incorporados al Derecho nacional para su actualización (al estilo de los *Restatements* americanos, pudiendo ser representativos los *Principios Europeos de Derecho de Contratos* de la Comisión Lando, PCLE o el *Draft Common Frame of Reference*, DFCR). En este sentido, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a E.: «El proceso de unificación del Derecho privado europeo: alcance, aplicación a contratos internos y confrontación con los Derechos estatales», *La Ley*, n.º 7331, 2010, pp. 1 y ss. No obstante, como pone de manifiesto ZIMMERMANN, R.: *Estudios de Derecho privado europeo*, trad. de VAQUER ALOY, Civitas. 2000, p. 116, «los PECL y los *Restatements* norteamericanos se diferencian como mínimo en un aspecto: mientras que el contenido de éstos solo lo integra el derecho actualmente vigente, consignado en forma de normas concisas y articulado con claridad, los PECL aspiran en mayor medida a la unificación jurídica y, desde la perspectiva de los derechos nacionales, a una reforma o a una evolución jurídica». Como es evidente, esta labor requiere de forma previa una armonización de las reglas sobre obligaciones y contratos (como principios inspiradores) y, a un mismo tiempo, un acercamiento entre los fundamentos sobre los que descansa el *Civil Law* y el *Common Law* (que es lo que pretenden los PCLE y posteriormente el DFCR), ZIMMERMANN, cit., p. 115 y en ZIMMERMANN, R.: «Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law uns common law», *ZEuP*. 1993, pp. 4 y ss. Una visión del proceso de actualización del Derecho de contratos, se puede consultar en PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P.: *El proceso de modernización del Derecho contractual europeo*, Dykinson, Madrid, 2013.

³ En este mismo sentido, VALPUESTA GASTAMIZA, E.: «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección del consumidor», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5.º. 2013, p. 200 y FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R.: «La formación del contrato en la Propuesta para la modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, N.º 2131, 2011, p. 2. Estas mismas razones son sustancialmente las que emplea en la Exposición de Motivos la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (diciembre de 2015), al sostener que «El objetivo general de las propuestas consiste en contribuir a un crecimiento más rápido de las oportunidades que brinda la creación de un verdadero Mercado Único Digital, en beneficio de los consumidores y las empresas. Al eliminar los principales obstáculos relacionados con el derecho contractual que entorpecen el comercio transfronterizo, la normativa presentada en las propuestas reducirá la incertidumbre a la que se enfrentan las empresas y los consumidores por la complejidad del marco jurídico y los costes en que incurren las empresas como consecuencia de las diferencias en materia de derecho contractual». La Exposición de Motivos añade que «El 39 % de las empresas que venden en línea pero no realizan operaciones transfronterizas consideran que las diferencias entre las diferentes legislaciones en materia contractual constituyen uno de los principales obstáculos para las ventas transfronterizas... La existencia de diferentes normativas naciona-

La necesidad de actualizar y armonizar⁴ el Derecho de obligaciones y contratos se ha sentido de forma especial en aquellos países que como el nuestro pertenecen a la primera generación de Códigos Civiles. Ha sucedido en Francia con las diversas propuestas llevadas a cabo⁵ y que finalmente han culminado en la Ordenanza n.º 2016-131, de 10 de febrero de 2016, por la que se reforma el Derecho de los Contratos, del Régimen General y de la Prueba de las Obligaciones y que entrará en vigor el 1 de octubre de 2016⁶. En nuestro país, siguiendo esta misma línea, la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil, llevó a cabo una Propuesta en el año 2009 de Anteproyecto de Ley para la Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y en la que se deja sentir la influencia de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, el Derecho Comunitario, así como del *soft law*, fundamentalmente los Principios UNIDROIT y los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PCLE)⁷. De igual forma, la Sección de Derecho

les en materia de derecho contractual ha generado para los minoristas que venden directamente a los consumidores costes puntuales de unos 4 000 millones EUR, que afectan sobre todo a las microempresas y a las pequeñas y medianas empresas (PYME). El objetivo de estas propuestas es crear un entorno favorable para las empresas y facilitar que estas, en particular las PYME, realicen ventas transfronterizas. Las empresas deben contar con seguridad jurídica y evitar los costes innecesarios causados por las diferencias entre las normativas nacionales cuando venden bienes y contenidos digitales fuera de su mercado nacional».

⁴ Como advierte RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, cit. pp. 1 y ss., «Estando claro el objetivo, la armonización del Derecho privado de los Estados miembros de la Unión Europea, no ha habido unanimidad, sin embargo, en su alcance y resultado final. Así, mientras el proyecto del Parlamento europeo fue en sus inicios más ambicioso, dirigido a la obtención de un Código Europeo sobre Derecho contractual, la Comisión ha sido, sin embargo, más prudente y todavía hoy se plantea la conveniencia de un instrumento, al que ya no se duda, eso sí, en calificar de opcional, excluyéndose así su carácter vinculante».

⁵ *Avant-Projet de réforme du Droit des obligations et du Droit de la prescription* o *Projet Catala*, presentado en el año 2005 y en el que participaron un buen número de profesores e investigadores universitarios de Derecho Civil, advirtiéndose en la presentación por el Profesor Pierre Catala, que con posterioridad al bicentenario del Código Civil Francés se había contrapuesto el modelo francés a los Principios Lando, comprobando la existencia de ciertas divergencias entre uno y otro, lo que llevaba a una alternativa, o seguir conservando la tradición jurídica francesa en esta materia o intentar adecuarla a las nuevas orientaciones que iban apareciendo. Es por ello que como el propio Catala manifestó, no se propone un nuevo Código de ruptura, sino de adecuación. También, los Proyectos de la Chancellerie de 2008, y el Terré de diciembre de 2008 y 2013 en el marco de la Academia de Ciencias Morales y Políticas (un estudio de estos Proyectos puede encontrarse en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La reforma del Derecho de los contratos en Francia», *Anuario de Derecho Civil*, 2012, pp. 1783 y ss.), los Principios Contractuales Comunes elaborados por la Sociedad de Legislación Comparada y la Asociación Henri Capitant, asimismo, publicados en el año 2008, y, finalmente, el Proyecto de 2015.

⁶ Lleva a cabo un examen crítico de la Ordenanza, DUPICHOT, P.: «Sur le Projet de réforme du Droit français des contrats», *Droit & Patrimoine*, n.º 247, 2015, pp. 32 y ss.

⁷ Ya antes había publicado (año 2005) una propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 1 de mayo de 2005, núm. 1988) que venía a incorporar principios recogidos en la ya mencionada Convención de Viena, en la Directiva del Parla-

Mercantil de la Comisión General de Codificación presentó un Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (año 2013), en el que no sin críticas⁸, incluía aspectos relativos a la teoría general de las obligaciones y de los contratos (Libro IV del Anteproyecto) y que como la Exposición de Motivos del propio Anteproyecto advierte se inspiró en los Principios UNIDROIT y UNCITRAL.

La inquietud por actualizar esta materia ha llevado a que se elaboren también propuestas académicas, como la realizada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) y en la que teniendo presentes los diferentes modelos nacionales e internacionales, se formulan unos nuevos Títulos Primero, De las obligaciones en general, y Segundo, De los contratos en general, dentro del Libro V del Código Civil⁹. El motivo es ya conocido, el Código mantiene buena parte de los preceptos originales pensados para una economía rural y preindustrial que nada tiene que ver con la actual. No obstante, ello no ha impedido que a partir de interpretaciones más acordes a la realidad pueda seguir aplicándose, aunque en ocasiones forzando el sentido original de la norma, en otras, huyendo de la regla especial para aplicar la general tal vez más adecuada a las circunstancias del momento. La reinterpretación de

mento 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 que finalmente se incorporó al TRLGDCU de 2007, pues como sostuvo MORALES MORENO, A.M.: «Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: La compraventa», *Anuario de Derecho Civil*. 2003, p. 1611, su inclusión en el Código Civil sin una modificación de éste, hubiese provocado una «consecuencia anómala dentro del ordenamiento receptor: un régimen especial, para las ventas a consumidores, cuya especialidad, en buena medida, carecería de justificación... al utilizar un sistema dogmático diferente del general del Código», como también de los PCLE. En este sentido, JEREZ DELGADO, C. y PÉREZ GARCÍA, M.J.: «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 19, 2009, pp. 166 y 167.

⁸ Así, por ejemplo, GARCÍA RUBIO, M.ª P.: «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Civil*. 2014, pp. 7 y ss. Estas razones son las que han llevado a que sea preciso coordinar la actividad de ambas secciones en esta materia, Orden de 16 de febrero de 2015, por la que se procede a revisar el Anteproyecto de Código Mercantil y la Propuesta de Modernización de Obligaciones y contratos, creando un grupo de trabajo integrado por vocales de la sección primera y segunda de la Comisión General de Codificación.

⁹ La Propuesta puede consultarse en <http://www.derehocivil.net/esp/libros.php> y en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. La elaboración de los Títulos I y II, De las obligaciones en general y De los contratos en general, respectivamente, se llevó a cabo bajo la coordinación de los Profesores ATAZ LÓPEZ, J. y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., y por los Profesores, ATAZ LÓPEZ, J., GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., GARCÍA PÉREZ, C.L., ANDREU MARTÍNEZ, B., PLANA ARNALDOS, M.ª C., MACANÁS VICENTE, G., CLEMENTE MEORO, M., VERDERA, R. CORDERO LOBATO, E., y MARCO MOLINA, J. También la llevada a cabo por BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P. y VAQUER ALOY, A., en *Teoría General del Contrato. Propuesta de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016, advirtiendo en la Introducción que se trata de una propuesta de texto articulado relativo a la teoría general del contrato y que no está concebido exclusivamente para el Código Civil de Cataluña, sino que tiene una «pretensión más general, en este contexto de debate entre propuestas armonizadoras».

los preceptos llevada a cabo por nuestra jurisprudencia se hace, en algunos casos, tomando como guía la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y el *soft law*¹⁰.

Esta realidad se refleja de forma concreta en torno a la idea de perfección del contrato y determinación del precio. Tradicionalmente se ha considerado que los países del *Common Law* frente a los del *Civil Law* son más flexibles a la hora de entender cuándo un contrato se ha perfeccionado¹¹, siendo suficiente la existencia de una firme voluntad en quedar obligado. Prácticamente todas las propuestas, como una tendencia generalizada, eluden enumerar los considerados entre nosotros elementos esenciales¹² al considerar

¹⁰ Así, por ejemplo en las SSTs de 19 de mayo de 2015 (RJ/2015/2443); de 16 de abril de 2015 (RJ/2015/2043); de 24 de febrero de 2015 (RJ/2015/1409); de 18 de febrero de 2014 (RJ/2014/2091) y de 18 de julio de 2013 (RJ/2013/5200), entre otras. Como se ha puesto de relieve «el *soft law* viene a suponer en la actual técnica legislativa del Derecho contractual europeo probablemente el camino más útil y eficaz para llegar a un compromiso de armonización», ROCA GUILLAMÓN, J.: «Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)», *Derecho de Obligaciones, XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Editum, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia. 2013, p. 228, aunque para el autor, la referencia a los PCLE, DCFR o a la Propuesta de Modernización del Código Civil por parte del Tribunal Supremo «debiera ser convenientemente ajustada, pues sin duda puede provocar cierto efecto mimético en la jurisprudencia inferior, y que habría que andar con tiento para no interpretar y aplicar normas que obedecen a una tradición y fundamentos quizá distintos». Sin embargo, este efecto que se auguraba se ha producido. Muestra de ello son las SSAP de Valencia de 12 de febrero de 2013 (JUR/2013/259138); Alicante de 10 de junio de 2013 (JUR/2013/267030); Navarra de 13 de febrero de 2014 (JUR/2014/105956); Madrid de 31 de marzo de 2014 (JUR/2014/125423); 15 de julio de 2015 (JUR/2015/225702) y 6 de noviembre de 2015 (JUR/2016/8107); Ciudad Real de 6 de febrero de 2014 (JUR/2014/67321); Barcelona de 2 de julio de 2014 (JUR/2014/295514) y 14 de octubre de 2014 (JUR/2015/10190) y Vizcaya de 5 de noviembre de 2014 (JUR/2015/64360).

¹¹ En este sentido, LARA AGUADO, A.: «La oferta y la aceptación contractuales», *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Civitas Thomson-Reuters. 2009, p. 47.

¹² En el mismo sentido, MARCO MOLINA, J.: «El proceso de formación o conclusión del contrato», *InDret*, julio 2015, pp. 15 y ss. MALO VALENZUELA, M.A.: «Requisitos de validez del contrato en el Derecho uniforme», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 708, 2008, pp. 1751 y ss. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A.: «El concepto de contrato y su formación en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Actualidad Civil*, n.º 5, 2013, pp. 604 y ss. FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R.: «La formación del contrato en la Propuesta para la modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2131, 2011, p. 4. Salvo en el Proyecto de Pavía, en el que el artículo 5 sigue refiriéndose a los elementos esenciales, concretándose en el acuerdo de voluntades y el contenido del contrato, exigiéndose que el contenido del contrato sea «útil, posible, lícito, determinado o determinable» (art. 25). En definitiva, se sigue en este concreto aspecto, el sistema tradicional. También podría extraerse de los artículos 1242 y 1246 de la Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Código Civil, aunque parece matizarse en otros preceptos. De igual forma sucede en la reforma francesa del Code Civil aprobada por la Ordenanza de 10 de febrero de 2016, pues el artículo 1113 del Code señala que el contrato se perfecciona por el encuentro entre una oferta y una aceptación, señalando el artículo 1114 que la oferta debe comprender los elementos esenciales del contrato. A su vez, el artículo 1128 del Code establece los elementos necesarios para la validez del contrato, consentimiento de las partes, capacidad para contratar y un contenido lícito y cierto y son los artículos 1163 a 1167

que el contrato puede perfeccionarse por el mero acuerdo de voluntades con la clara intención de querer quedar vinculado y sin necesidad de ningún otro requisito o condición (arts. 2.101 PECL y II-4:102 DFCR)¹³. No obstante, es cierto también que esta tendencia puramente voluntarista se matiza al exigir que se haya alcanzado un «acuerdo suficiente» (arts. 2.103 PECL¹⁴ y II-4: 101 y II-4:103 DFCR¹⁵) y que, en todo caso, quede salvaguardada la libertad de los contratantes para decidir si el vínculo contractual surge únicamente cuando se hayan concretado algunos o todos los extremos del acuerdo que consideran importantes para sus respectivos intereses.

Esta misma idea queda reflejada en el artículo 522-4. 3.º de la Propuesta de la APDC del Libro V (obligaciones y contratos), al establecer que «Salvo voluntad contraria de alguna de las partes, la falta de determinación de algún término no impedirá la formación del contrato, siempre que sea inequívoca la voluntad de tenerlo por concluido y los términos ya acordados permiten reclamar su cumplimiento o instar su ejecución. En particular, no será impedimento la falta de expresión del precio ni del medio para su determinación, entendiéndose implícitamente convenido el precio generalmente practicado en el sector económico al que pertenece el contrato».

Se debe advertir no obstante, que esta tendencia se invierte cuando una de las partes es un consumidor, habida cuenta de que todo el «contenido del contrato» debe quedar precisado con exacti-

los que vienen a disponer cuándo, en referencia a la concreta materia que se examina, el contenido se considera suficiente. Establece así, el artículo 1163 en su última parte que la prestación es determinable cuando se pueda deducir del contrato o por referencia los usos a las relaciones anteriores de las partes, sin que sea preciso un nuevo acuerdo.

¹³ Como sostiene MARCO MOLINA, «El proceso de formación...» cit., p. 13, «la regla en cuestión contrasta con la todavía vigente exigencia de los Códigos civiles continentales... de que el acuerdo contractual sea completo, por encontrarse determinados –o ser, cuando menos, determinables– todos los elementos señalados como esenciales, ya sea por decisión legal o de los propios contratantes».

¹⁴ Según el artículo 2.103 PECL, se entiende por acuerdo suficiente «Si las partes han definido sus elementos de manera suficiente para que el contrato pueda ejecutarse o si su contenido puede determinarse conforme a los presentes principios». Esta misma idea se encontraba ya en el artículo 14 de la Convención de Viena de 1980, al señalar que hay oferta «Cuando sea suficientemente precisa». Este mismo precepto advierte que es suficientemente precisa si indica las mercaderías y expresa o, tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos». También en los artículos 2.1.1 y 2.1.2 de los Principios UNIDROIT, aunque el artículo 2.1.13 advierte de la posibilidad de no dar por perfeccionado el contrato si en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en ello hasta no lograr un acuerdo sobre asuntos específicos.

¹⁵ Regla que, como sostiene LARA AGUADO, cit., p. 47, «se está imponiendo por influencia del *common law* (parágrafo 2-204 (3) UCC –*Uniform Commercial Code*–; parágrafo 33 (2) y (3) *Restatements Second of Contracts*)».

tud antes de perfeccionarse¹⁶. La razón es evidente, la predisposición del contrato consecuencia del desequilibrio entre las partes hace necesario que el consumidor tenga una completa información previa, situación que no se produce, en principio, cuando el contrato se concluye entre partes en igualdad de condiciones.

El interés en determinar el momento a partir del cual se considera que el contrato se ha perfeccionado, radica en que es en ese instante en el que nacen las obligaciones (art. 1258 CC), el vínculo jurídico generado tiene fuerza de Ley entre las partes e implica que el contrato deba cumplirse (siendo eficaz) atendiendo a la reglamentación propia del tipo contractual consentido (art. 1091 CC). Pero que el contrato se haya concluido no significa que todos los aspectos del mismo hayan sido objeto de previsión específica por los contratantes. Esta idea es la que recoge el artículo 1258 CC, aunque es evidente que la ausencia de concretos términos contractuales puede derivar en la falta de perfección del acuerdo o, en su caso, en la nulidad del mismo.

El objeto del trabajo se centra en concretar qué aspectos del contenido contractual son imprescindibles para darlo por perfecto, frente a aquellos otros cuya omisión no impide el nacimiento del vínculo y por ello su fuerza obligatoria, y muy especialmente en lo que se refiere a la determinación del precio.

En el sistema del Código para que «haya contrato» es preciso que se produzca un acuerdo sobre los elementos esenciales (art. 1261), lo que de igual modo advierte el artículo 1262 al establecer que el consentimiento recae sobre la cosa y la causa. De ahí que el objeto se erija como uno de los pilares estructurales del contrato. Pero que el consentimiento abarque el objeto contractual, no impide que las partes puedan también consentir en una posterior concreción del mismo. No se nos escapa que el interés de las par-

¹⁶ Ambas perspectivas del contenido contractual, dependiendo de si una de las partes es o no consumidor, estaban recogidas en el CESL y así resultaba de los artículos 13 (información que debe facilitar el comerciante al consumidor), 14 (información sobre el precio y costes adicionales dada por el comerciante al consumidor), y de los artículos 73, 74 y 75 en los que se establecen los medios de integración del precio cuando no se haya previsto y siempre que el contrato se concluya entre comerciantes. El artículo 30.1 del CESL recoge los requisitos para la celebración del contrato y señala que «El contrato se habrá celebrado si: a) las partes alcanzan un acuerdo; b) las partes tienen la intención de que el acuerdo tenga efecto jurídico; y c) el acuerdo, completado en su caso por las reglas de la normativa común de compraventa europea, tiene el contenido y la certeza suficientes como para que se le dote de efecto jurídico». No obstante, se debe advertir que la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea ha sido objeto de retirada para ser modificada y poder así «liberar plenamente el potencial del comercio electrónico en el mercado único digital», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité económico y social europeo y el Comité de las Regiones de diciembre de 2014, Programa de Trabajo de la Comisión de 2015.

tes, en buena parte de los supuestos, exige su completa determinación. Conocer en el momento de perfeccionar el contrato cuál es la concreta prestación comprometida, puede ser determinante para consentir, pero también lo puede ser hacer surgir el vínculo ahora, aun cuando el contrato concluido presente para el observador externo ciertas carencias que, sin embargo, para las partes no son tales, sino previsiones de futuro decisivas para cumplir con las expectativas que el contrato pretende satisfacer.

Aunque del Código pueda también extraerse esta perspectiva, las nuevas propuestas lo explicitan, apartándose en parte del modelo tradicional que limitaba, en algún caso, la posibilidad de concluir un contrato incompleto en cuanto a determinados aspectos de su contenido, y de forma más concreta, cuando se está ante un contrato con una designación insuficientemente precisa del precio. Partimos, en consecuencia, de la existencia de dos modelos distintos y contrapuestos en los que *la determinación del precio en el contrato de compraventa puede o no constituir elemento esencial al tipo*: en el primero, la precisión exacta del precio o la fijación de los criterios para su cuantificación, constituyen una condición de validez del contrato; en el segundo, ni uno ni otros son presupuestos necesarios para su perfección y su señalamiento depende de comportamientos posteriores a la conclusión del acuerdo.

II. EL CONTENIDO DEL CONTRATO

A diferencia de la sistematización que contiene nuestro Código Civil en torno a los elementos esenciales del contrato, es prácticamente generalizado en las propuestas de actualización prescindir de ellos como enumeración estructural del contrato¹⁷. Esto no significa sin embargo, que en la base de cualquier acuerdo sea imprescindible una voluntad clara y firme en querer vincularse y que esta voluntad deba proyectarse sobre lo que en nuestro Código Civil constituye el objeto del contrato (y también para algunos sobre la causa). El «acuerdo suficiente» (o el «contenido y certeza

¹⁷ Advierte, FERRÁNDIZ GABRIEL, cit., p. 4, «El método de recoger en una lista los elementos esenciales del contrato no se utiliza., dado que se limitan, con alguna excepción, a regular el consentimiento. Es más, alguno de los que menciona el artículo 1261 CC no es ni siquiera tratado en ellos, lo que no significa que, en todos los casos, sean intrascendentes para la existencia y la validez del contrato. El Código Civil, además de referirse en los artículos 1261.2.º y 1262 al objeto del contrato, regula específicamente sus requisitos en los artículos 1271 a 1273. Esa expresa regulación del objeto como un elemento esencial del contrato, ha permitido en nuestro sistema impedir que se determine unilateral y arbitrariamente, artículo 1273».

suficiente» al que se refiere el artículo 30 CESL) alude de forma unitaria a estos aspectos que, aun no siendo expresados, continúan siendo necesarios para tener por perfecto el contrato¹⁸. La suficiencia sobre la que recae el consentimiento sugiere, por tanto, la existencia de unos *componentes mínimos que doten al acuerdo de una entidad idónea capaz de hacer surgir el vínculo*. En consecuencia y pese a todo, el objeto persiste como pilar estructural del contrato, aunque a diferencia del modelo del Código, su absoluta precisión deje de serlo. Para resolver esta cuestión, el *soft law* (PECL y DFCR) y algunos modelos nacionales dedican un capítulo al contenido (y efectos) del contrato¹⁹, en el que fundamentalmente se incluyen reglas destinadas a completar aquella falta de concreción.

El «acuerdo suficiente» apunta, por tanto, al *contenido contractual indispensable* que actúa como límite para descartar aquellos supuestos en los que los contratantes no pueden todavía vincularse. Forma parte de ese contenido, la definición más o menos precisa que las partes hayan dado al objeto del contrato, aunque el contenido contractual no se ciñe exclusivamente a este concreto aspecto, sino que tiende a describir cuál sea la reglamentación contractual vista en su conjunto (objeto y causa) y que deriva de forma principal de la expresa regulación de las partes en virtud de la autonomía privada, la dispuesta por la Ley o la inferida de los usos o la buena fe²⁰, de la naturaleza u objeto del contrato atendiendo para ello al concreto tipo contractual convenido, pero también de las declaraciones precontractuales (publicitarias o no) y del comportamiento de las partes que pueden derivar en propias obligaciones contractuales.

Porque una cosa es la reglamentación del contrato (quién determina) y que incide en su contenido (las ya mencionadas normas

¹⁸ Como señala DUPICHOT, P.: «Sur le projet de réforme du Droit français des contrats», *Droit&Patrimoine*, N.º 247, 2015, p. 40, en relación con el Proyecto que finalmente ha sido aprobado, «el artículo 1127 de la Ordenanza de 2016 que reforma el Code francés, establece que serán necesarios para la validez del contrato: 1.º El consentimiento de las partes. 2.º la capacidad para contratar. 3.º Un contenido lícito y cierto. El objeto se torna en contenido del contrato, el cual fagocita de golpe la causa, aunque la exigencia de un «contenido lícito» reafirma el antiguo control de la ilicitud de la causa».

¹⁹ Así, la PMCC y la Propuesta de la APDC.

²⁰ Como advierte, ROCA GUILLAMÓN, J.: «Comentario al artículo 1258 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART, Edersa, Madrid, 1993, t. XVII; vol. 1-A, p. 425, la función integradora del artículo 1258 CC permite afirmar que «los contratos obligan a algo más: a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, el uso y la Ley; lo que cabalmente significa que junto a la propia voluntad de los contratantes y también junto a las normas de Derecho dispositivo que en su caso fuere preciso aplicar, caben, quizás, otros efectos de origen diverso, derivados de esos tres conceptos que el precepto enuncia... que resultan ser de procedencia normativa diferente o heterónoma respecto de los contratantes».

que tienen su origen en la autonomía privada, en la Ley, usos y buena fe), y otra el contenido (en sentido sustancial) al que dicha reglamentación debe referirse (lo determinado).

Desde el primer punto de vista se ha afirmado que el contenido del contrato es «el acto de autonomía privada» y a dicho contenido han de referirse las valoraciones acerca de la licitud, posibilidad y determinación²¹, de esta manera el contenido del contrato sería diferente a las determinaciones legales que concurren a integrar la relación contractual²². Sin embargo, otros autores consideran que el contenido hace referencia a la «reglamentación preceptiva a la que se comprometen las partes del contrato, noción que debe distinguirse de la declaración de voluntad. Esta última recoge la regulación del contrato que emana de la intención común de las partes, pero no refleja la totalidad de las reglas que vinculan a los contratantes»²³.

Desde el segundo, se ha debatido si el contenido se identifica con el objeto del contrato (con el significado que al objeto se le da por el Código Civil), porque si por objeto del contrato se entiende su disciplina no limitándose a designar singulares datos reales o ideales sobre los cuales incide el acuerdo, sino la íntegra operación querida por las partes, en este último sentido también podría coincidir con el contenido contractual²⁴. De este modo, el contenido del contrato en sentido sustancial se identificaría con el objeto del contrato y al que el Código impone los requisitos de existencia, posibilidad, licitud y determinación²⁵. A ello se añade que se ha venido considerando que las declaraciones de voluntad de las partes no constituyen un consentimiento abstracto, sino que recaen sobre la cosa y la causa, y no sobre cualquier cosa o cualquier razón, sino sobre una cosa concreta y con una razón precisa, de ahí que el contenido del contrato se equipare al objeto (como ya antes

²¹ BIANCA, M.: *Diritto Civile, IL contratto*, T. 3, 2000, p. 316. En el mismo sentido, TERRÉ, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y.: *Droit Civil. Les obligations*, Dalloz, París. 2013, p. 299, al señalar que la libertad debe enmarcarse dentro de concretos límites y de ahí que «el contenido del contrato deba satisfacer ciertas exigencias: un objeto determinado y lícito y la existencia de una causa lícita... En otros términos, objeto y causa son los instrumentos que el Derecho ofrece a los agentes de la vida jurídica para asegurar que los contratos respeten el interés de las partes, como también los más generales de una sociedad responsable».

²² BIANCA, cit., p. 316.

²³ DE ELIZALDE IBARBIA, F.: *El contenido del contrato*, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra. 2015, p. 37.

²⁴ BIANCA, cit., p. 321.

²⁵ BIANCA, cit., p. 320, advirtiendo que «en cuanto ayuda a determinar el contenido del contrato, el bien como objeto del contrato, supone la representación ideal de las partes, como bien debido.... Que como tal entra en el objeto del contrato».

se indicó), pero además con la causa del contrato²⁶. Se ha sugerido también que el contenido lo es con referencia a las obligaciones contractuales asumidas, hablándose en consecuencia, del «contenido obligacional del contrato»²⁷, de forma que para la conclusión del acuerdo no es preciso que «todo el contenido de derechos y obligaciones esté completamente determinado»²⁸.

De lo expuesto se deduce ya, que qué sea el contenido del contrato no queda absolutamente cerrado, ya que existen diferentes orientaciones que parten, asimismo, de diversas perspectivas²⁹. En cualquier caso y desde un plano general, toda determinación que compone el acuerdo, sea autónoma o legal, terminará por formar parte de su contenido, aunque también es cierto que las reglas destinadas a su control e interpretación, por definición, únicamente van

²⁶ TERRÉ, F., SIMLER, P., et LEQUETTE, Y.: *Droit Civil. Les obligations*, Dalloz, París, 2013, p. 299.

²⁷ BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P. y VAQUER ALOY, A.: *Teoría General del Contrato. Propuesta de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 16 y 57 y ss.

²⁸ Añadiendo que «es suficiente que exista un acuerdo de las partes sobre los elementos fundamentales del mismo; en cambio, el resto del contenido contractual se puede determinar de otra manera, sea por acuerdos de voluntad posteriores o mediante la integración del contrato», BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P. y VAQUER ALOY, cit., pp. 16 y 57 y ss.

²⁹ Así, BIANCA, cit., p. 315 y ss., diferencia entre contenido del contrato en sentido *formal* y en sentido *sustancial*. Por el primero entiende que el contenido es el texto del contrato y del cual forman parte las declaraciones dispositivas como también de otra naturaleza que no teniendo naturaleza dispositiva pueden ayudar a interpretar el contenido sustancial del contrato (por ejemplo, las premisas y la narración de hechos mediante las cuales los contratantes aclaran los antecedentes del contrato). Mientras que el contenido en sentido *sustancial*, «es el conjunto de las disposiciones contractuales, o sea, el conjunto de disposiciones mediante las cuales los contratantes determinan la relación contractual. El contenido del contrato indica, precisamente, qué es lo que las partes establecen». Para CATAUDELLA, A.: *Sul contenuto del contratto*, Milán, 1974, pp. 32 y ss., «el contenido puede ser objeto de consideración no solo bajo el perfil *estructural*, sino también el *funcional*, que da razón de la tutela concedida por el ordenamiento y, a un mismo tiempo pone el foco en el fin inmediato perseguido por las partes al dictar su reglamentación». Para el autor, «el contenido representa un dato estructural del contrato». Añade además que no debe confundirse el contenido del contrato con el objeto, aunque reconoce que entre la doctrina italiana y dependiendo del significado que al objeto del contrato se le dé, no es una distinción segura. Para ello sostiene que el legislador ha acogido el término «contenido» atribuyéndole un significado propio y autónomo en el artículo 1322 Codice (y en el que se recoge el principio de autonomía contractual, advirtiéndose que las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la Ley). Para el autor citado, pp. 18 y 19, «el ámbito del contenido del contrato no solo se limita a aquellas determinaciones que hayan encontrado expresión directa o mediata en el acto, sino también, como explícitamente se afirma, que la voluntad debe entenderse no en el sentido genérico de voluntad que probablemente resulte o haya que interpretar, sino en el sentido específico de voluntad ya traducida en una disposición o mandato; es decir, como querido, ya que tal voluntad resulta del acto y se concreta en una regla». Es por ello que para el autor, «la definición del contenido, la cual la hace comprensiva de todas las determinaciones llevadas a cabo por las partes para regular sus propios intereses, sea la más idónea para marcar el punto de encuentro de las orientaciones prevalentes y, a un mismo tiempo sirva para prever una noción segura, en cuanto sustancialmente desvinculada de la adhesión a una determinada concepción del contrato».

referidas al acto de autonomía privada, es decir, a la autorregulación de las partes³⁰.

Pero admitiendo, no obstante, que el contenido del contrato es la suma de las concretas previsiones de las partes más los instrumentos integradores de dicha voluntad en sus diferentes aspectos (declaraciones y comportamientos anteriores y posteriores de los contratantes, publicidad, buena fe, naturaleza y objeto del contrato, así como las reglas concretas integradoras)³¹, dicha reglamenta-

³⁰ Una muestra de ello se puede encontrar en el denominado «control de contenido» del clausulado no negociado individualmente o clausulado predispuesto y que junto al «control de incorporación» (arts. 5 a 8 LCGC y artículos 80 a 90 TRLGDCU y al que se añadiría el «control de interpretación»), permite depurar el clausulado contractual (entendido en un sentido sustancial, es decir, como «reglas de conducta» o «preceptos negociales autónomos»), bien por ausencia de información y claridad, bien por ser abusivo o provocar un desequilibrio grave entre los derechos y obligaciones de las partes. El «control» sobre el «contenido» del contrato, como filtro posterior al control de inclusión y de interpretación, lo es respecto del entramado de derechos y obligaciones predispuesto, es decir, *proveniente exclusivamente de la voluntad de una de las partes* (no de la Ley) y que se ha incorporado al contrato, haciendo alusión pues a lo que es exigible en el concreto acuerdo concluido, pero también a cualesquiera otras previsiones que conforman la completa relación contractual. En el mismo sentido se advierte que las normas de protección de consumidores llevan a cabo restricciones a la libertad de determinación del contenido del contrato. OROZCO PARDO, G. y MORENO NAVARRETE, M.A.: «El contrato en el contexto de la unificación del Derecho privado», *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, N.º 29, 2011, p. 145. Es, en definitiva, lo que con carácter general recoge el artículo 1255 CC (como el 6.3.º CC) ya que permite controlar el contenido del contrato impidiendo dar validez a las reglas que derivan de la autonomía privada, y que, como contenido del contrato, vulneren la Ley, la moral o el orden público, o dicho de otro modo, la autonomía de la voluntad no puede derogar en virtud de convenciones particulares, la Ley imperativa, el orden público o la moral (en este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 8 de la LCGC», *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000). No obstante, conforme al artículo 4.2 de la Directiva 93/13, no cabe el control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato (el precepto establece que «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, de otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»). Como se ha indicado «la descripción del objeto y la adecuación económica entre el precio y su contraprestación no se somete al juicio de abusividad siempre que su redacción sea clara y comprensible», GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario al artículo 82 TRLGDCU», *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes complementarias*, Coord. BERCOVITZ, R., Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra, 2015, pp. 1130 y 1131. No obstante, como pone de relieve la autora, esta decisión ha sido objeto de críticas, en la medida en que se hace necesario delimitar cuál es «el ámbito de lo excluido», y no sin razón se advierte que descartar el control de contenido sobre los elementos esenciales implica realizar «distinciones sutiles con el riesgo de equivocarse», y que «no es que no pueda controlarse lo esencial, sino que no se puede controlar lo que carece de paradigma de referencia sobre el que decidir», CARRASCO PERERA, A.: «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Coord. DELGADO ECHEVERRÍA, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra, 2007, p. 181. En este mismo sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, cit., pp. 1131 y ss.

³¹ En este sentido, la propuesta de BOSCH CAPDEVILA, DEL POZO CARRASCOVA y VAQUER ALOY, cit., pp. 16 y 55 y ss., cuyo artículo 2, La autonomía de la voluntad y sus límites, tiene la siguiente redacción: «1. *El contenido del contrato es el que los contratantes han expresado libremente y prevalece sobre cualquier fuente del Derecho, sin otros límites que las normas imperativas, la buena fe y el orden público.* 2. *En lo que las partes*

ción comprendería (como contenido sustancial) el entramado de derechos y obligaciones generados entre las partes³², más las previsiones sobre el cómo y cuándo se deben ejecutar o las consecuencias de su incumplimiento. Así entendido, el contenido del contrato no se limitaría a la definición que las partes hayan dado a las prestaciones debidas, sino a la completa *operación jurídica* que organiza la *economía del contrato*.

Desde esta perspectiva no existiría un contrato incompleto, pues siempre habría una regla (derivada de la autonomía de la voluntad, de la regulación dispositiva, de los usos o de la buena fe) destinada a reglamentar todos los aspectos del contenido contractual. El contrato incompleto se limitaría entonces al acuerdo en el que las partes no han regulado autónomamente cuestiones concretas, y ante esa eventualidad, el ordenamiento se anticipa y establece normas que permiten su integración conforme a estándares objetivos generales o los propios del tipo contractual concluido³³. La

contratantes no hayan acordado, el contenido del contrato es el que establece la Ley con carácter dispositivo en la regulación de los tipos contractuales que se adecúan al contenido contractual querido por las partes». Aunque el precepto (concordante con el 1255 CC), tiene como objetivo fundamental poner de relieve que en materia de contratación rige el principio de autonomía privada, hace sin embargo alusión a que la misma se dirige a dar contenido al contrato, identificando contenido con lo expresamente querido por las partes, y asumiendo que en ausencia de reglas concretas dadas por los contratantes, el contenido se integra con las normas dispositivas propias de cada tipo contractual. Se sugiere, por tanto, que el contenido contractual queda conformado por ambos aspectos. De igual parecer, BLANDINO GARRIDO, M.^a A.: «Contenido y efectos del contrato», *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 247.

³² Como se ha hecho ver, ATAZ LÓPEZ, J.: «Comentario al artículo 1254 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART, Edersa, Madrid, 1993, t. XVII; vol. 1-A, pp. 26 y 27, cabe distinguir entre el «acto genético del contrato» (art. 1254 CC) y «la situación jurídica contractual» (art. 1258 CC) como momentos diferentes de un mismo proceso. «El interés del contrato se encuentra en que no se limita a ser un acto que, producidos sus efectos, se olvida, sino que es una acto del que nace una situación de derecho que se encuentra reglamentada por el ordenamiento de forma unitaria. La idea de situación jurídica contractual hace pues referencia al conjunto de derechos, obligaciones, facultades y deberes que a las partes de un contrato le son atribuidas por el ordenamiento jurídico».

³³ Como sostiene BIANCA, cit., p. 316 «el contenido concreta el acto de autonomía privada... y debe considerarse distinto de las determinaciones legales que concurren a integrar la relación contractual. La integración de la relación mediante determinaciones legales (buena fe, costumbre, equidad), se reputa necesaria para suplir la determinación convencional incompleta y, si es necesario, para rectificarla. En cualquier caso, la integración opera sobre la relación contractual, sobre la relación que establece el acuerdo de las partes, y no importa, entonces, una conmixión entre el contrato y sus fuentes normativas». Entre nuestra doctrina se ha apuntado que el principio de libertad contractual tiene una doble manifestación: como «libertad de decisión» (contratar o no) y como «libertad de configuración», que se traduciría «en la posibilidad de plasmar libremente todas las pretensiones de los contratantes tal y como estos quieren... Únicamente a los particulares competiría establecer el contenido del acto que quieran concertar... Lo verdaderamente revolucionario del Derecho moderno, es el reconocer a los particulares la posibilidad de fijar libremente el contenido y los efectos del contrato.. el conjunto de derechos, facultades, deberes y obligaciones de la relación contractual», VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Determinación del con-*

cuestión se centra ahora en determinar qué contenido contractual es integrable mediante reglas generales o específicas relativas al concreto acuerdo, y que es lo que de forma general recogen los nuevos modelos dentro del contenido del contrato.

1. EL CONTRATO INCOMPLETO: LA FALTA DE DETERMINACIÓN DE ELEMENTOS ESENCIALES Y NO ESENCIALES

No cabe duda de que el principio de autonomía privada sigue siendo eje central del Derecho de contratos, aunque también es cierto que dicha autonomía se entiende ejercida por las partes cuando existiendo «un acuerdo suficiente» y clara intención de quedar vinculados, no obstante, el contrato aparece incompleto integrándose dicha falta de previsión con reglas que habrá que entender son queridas por las partes en ausencia de declaraciones expresas sobre este aspecto³⁴. No obstante, se ha advertido que una vez consta el acuerdo suficiente, aun siendo incompleto, ello «entraña cierta merma de la autonomía de la voluntad»³⁵, en la medida en que se suple y completa por el legislador aplicándose las reglas generales o las específicas del tipo contractual. Pero esta misma situación se da con la actual disciplina y sin que por ello se afirme que se produce una limitación de la autonomía de la voluntad, aunque parece evidente que la posibilidad de falta de plenitud del contrato es menor con nuestro régimen (y de forma especial en los países del *Civil Law*, aunque más concretamente en los Códigos Civiles de tradición francesa), que de acuerdo a las reglas del Derecho uniforme.

La razón no es otra que la necesidad de que el consentimiento de ambas partes recaiga sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (art. 1262 CC), siendo además preciso que el objeto haya sido determinado o, al menos, pueda ser determinable mediante los criterios que las propias partes hayan fijado (arts. 1273, 1447 y 1448 CC). A ello se suma el hecho de que al Juez, en principio, le

tenido del contrato: Presupuestos y límites de la libertad contractual, Tirant lo Blanch, Valencia. 2002, p. 73.

³⁴ Como advierte MARCO MOLINA, cit., p. 14, «aquella parte que se oponga a la conclusión del contrato sin que llegue a conseguirse un acuerdo sobre algún específico término o elemento del contenido contractual, será quien tenga la carga de manifestarlo a su contraparte durante el proceso negociador. Solo efectuando tal reserva, conseguirá el contrayente dilatar –en contra de la tendencia legislativa a tener por formado el contrato– ese proceso y obtener que tengan que ser fijados *ex voluntate* incluso aquellos extremos del contenido contractual que, como el precio, la norma considera susceptibles de integración externa».

³⁵ En este sentido MARCO MOLINA, cit., pp. 8 y 13.

está vedado completar la voluntad no manifestada de las partes, salvo que conforme al artículo 1258 CC pueda inferir el verdadero y propio contenido contractual o, que de acuerdo a la previsión de los artículos 1278 y siguientes del CC, pueda llegar a resolver que, a pesar de la ausencia de una voluntad expresa, se deduce de la intención de los contratantes que el acuerdo verdaderamente querido es al que se llega una vez interpretado³⁶.

En definitiva, cabe sostener que tal cual está la actual disciplina, el contenido negocial puede ser fácilmente deducible, dado que se requiere un acuerdo específico de las propias obligaciones contractuales, lo que limitaría (aunque no la excluiría) cualquier labor integradora que pudiera llevar a cabo el juez, revelándose con toda su amplitud el respeto a la autonomía privada.

Sin embargo, y aun partiendo de esta clara premisa: la necesidad de que el consentimiento contractual sea íntegro, no nos es desconocido que en ocasiones el contrato no está completo y que el juez, advirtiendo su existencia, no se limita a interpretar o inferir la voluntad de las partes del contenido expreso del acuerdo, sino que además lleva a cabo una actividad integradora del contrato incompleto a través de la denominada interpretación integradora³⁷ (arts. 1258 CC y 708 LEC) basada, para algunos, en la existencia de una «voluntad hipotética»³⁸, en la medida en que no prescinde de ella, sino que la completa (no la suplanta) presuponiendo un determinado contenido³⁹. Se trata, en definitiva, de una «interpretación amplificadora de la voluntad o del contenido objetivo u obligatorio del contrato»⁴⁰, de suerte que, junto a la ordenación privada de los intereses de las partes, se introducen unas reglas objetivas que se superponen a aquellas que los sujetos de la relación contractual pactaron. La función que se atribuye al artículo 1258 CC «se desarrolla la margen y aun en contra de la voluntad de las partes, imponiendo reglas de conducta objetivas a las cuales no pueden sustraerse los contratantes»⁴¹.

Resulta también evidente que la intervención integradora presupone la existencia de un contrato perfecto, y es en este aspecto en el que de nuevo se pone de manifiesto las diferencias entre el siste-

³⁶ Este fue el argumento de la STS de 30 de marzo de 2016 (RJ/2016/1152) para la determinación del precio.

³⁷ VATTIER FUENZALIZA, C.: «La interpretación integradora del contrato en el Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*. 1987, p. 518. Señala el autor que la interpretación integradora tiene lugar «no tanto en un contrato oscuro, ambiguo o dudoso, sino más bien en un contrato incompleto».

³⁸ Así, SORO RUSELL, O.: *El principio de autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*, Reus, Madrid, 2016, p. 209.

³⁹ SORO RUSELL, cit., p. 210.

⁴⁰ SORO RUSELL, cit., p. 210.

⁴¹ ROCA GUILLAMÓN, cit., pp. 428 y 429.

ma del Código y los nuevos modelos. Ya se ha hecho mención a que el artículo 1262 CC exige para la perfección del contrato que el consentimiento prestado por ambas partes recaiga sobre el objeto y la causa⁴² (y como se ha sostenido ambas declaraciones de voluntad son interdependientes, «ninguna tiene sentido aislada de la otra», además deben ser concordantes, pues «han de guardar correspondencia al expresar de modo completo el contenido del contrato»⁴³), constituyendo la perfección del contrato presupuesto de su validez. Sin embargo, en las nuevas propuestas se puede dar por perfecto un contrato que tenga un «contenido suficiente» aunque incompleto, siendo esas lagunas «colmadas recurriendo a los índices legales de integración»⁴⁴. En principio, parece distinguirse entre el aspecto relativo a la formación y perfección del contrato, del referido a su contenido.

Esta distinción sitúa ya la clave de la diferencia existente entre la disciplina de nuestro Código y la recogida en los textos y propuestas mencionados, pues mientras en el primero el contenido del acuerdo forma parte y esencia de la formación y perfección, en los segundos, parte de éste se puede precisar de forma sucesiva a la conclusión (y de hecho, recogiénose como un capítulo o sección diferente a la formación⁴⁵), y solo habiéndose perfeccionado, podrá posteriormente completarse ante la insuficiencia de reglas específicas dadas por las partes.

En los modelos de referencia, los mecanismos que se proponen para completar el contenido contractual descansan, fundamentalmente, en reglas directamente aplicables⁴⁶ y presuponen la existen-

⁴² No obstante, no solo del artículo 1262 CC se extrae el momento de perfección del contrato, también los artículos 1254 CC y 1261 CC inciden en esta misma idea cuando se establece que el contrato «existe» desde que una o varias personas consiente en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, y que «hay contrato» cuando concurren los requisitos del consentimiento, objeto y causa (en el sentido del artículo 1262 CC).

⁴³ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: «Sobre la perfección de los contratos en el código Civil», *Diario la Ley*. 1989, t. 2, pp. 1135 y ss.

⁴⁴ MARCO MOLINA, cit., 14.

⁴⁵ Que es lo que se recoge en la PMCC y en la Propuesta de la APDC. También, la Ordenanza Francesa n.º 2016-131, de 10 de febrero por la que se reforma el Derecho de contratos, el régimen general y la prueba de las obligaciones, en el Título tercero, Capítulo segundo, Sección segunda, subsección tercera «Del contenido del contrato», artículos 1162 y ss. del Code.

⁴⁶ En la medida en que como ya proponía CATAUDELLA, A.: *Sul contenuto del contratto*. 1974, pp. 50 y ss. y 80 y ss., en el contenido del contrato asume una relevancia preeminente la relación dinámica que viene a crearse entre las reglas pactadas y las reglas legales, del concurso entre el ordenamiento jurídico y la autonomía privada en la determinación concreta de los intereses que los contratantes tienen intención de regular. Las normas dispositivas se corresponderían con los elementos naturales del contrato, de forma que en ausencia de un pacto expreso derogatorio de dichas normas por las partes, se entiende que existe una presunta correspondencia entre la voluntad de las partes y la naturaleza del contrato.

cia de una voluntad implícita de las partes en que sean esos concretos criterios los que perfilen los aspectos no convenidos del programa contractual⁴⁷. Pero es evidente que este instrumento también está presente en nuestro Código, la diferencia fundamental estriba entonces en que mientras en los primeros la regla va referida, incluso, a algún elemento de los considerados entre nosotros esenciales (señaladamente el objeto del contrato), el Código lo limita a aspectos secundarios o no esenciales⁴⁸. Es decir, la norma

⁴⁷ Por ejemplo, el art. II.-9:101 DCFR, establece que «Las cláusulas de un contrato pueden derivarse de un acuerdo expreso o tácito entre las partes, de la legislación, de prácticas establecidas entre las partes o de los usos». Cuando sea necesario regular una cuestión que las partes no han previsto o no han estipulado, el juez podrá sugerir la inclusión de una cláusula adicional teniendo en cuenta sobre todo: a) la naturaleza y el objeto del contrato; b) las circunstancias en las que se celebró el contrato; y c) el respeto al principio de buena fe contractual». También, en el artículo 6:102 PCLÉ se recoge que «Junto a cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan de: a) La intención de las partes. b) La naturaleza y el objeto del contrato. c) Y la buena fe». Ambos preceptos dentro del Capítulo dedicado al «Contenido y Efectos del contrato». Por otro lado, el artículo 1237 de la PMCC señala que «Las partes podrán obligarse mediante el contrato del modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Las obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas y su alcance y cumplimiento no pueden dejarse al mero arbitrio de uno de los contratantes», y el 1242 PMCC advierte que «No impedirá la perfección de un contrato, si las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales y quieren vincularse ya, el que hayan dejado algún punto pendiente de negociaciones ulteriores. Si en el curso de una negociación y antes de alcanzarse el acuerdo, una de las partes hubiera manifestado a la otra que el contrato no se entendería celebrado hasta haber extendido el referido acuerdo a determinadas cláusulas o condiciones o hasta que se suscriba un documento, el contrato no estará formado mientras tales requisitos no se cumplan». Los preceptos se encuentran en un Capítulo diferente (dentro de las disposiciones generales) al del contenido del contrato (arts. 1276 y ss. de la PMCC) y en estos últimos, la Propuesta se centra, fundamentalmente, en la determinación del precio. Finalmente, el artículo 522-4. 3.º de la Propuesta de la APDC del Libro V (obligaciones y contratos), dentro del Capítulo dedicado a la Formación del contrato establece que «salvo voluntad contraria de alguna de las partes, la falta de determinación de algún término no impedirá la formación del contrato, siempre que sea inequívoca la voluntad de tenerlo por concluido y los términos ya acordados permiten reclamar su cumplimiento o instar su ejecución. En particular, no será impedimento la falta de expresión del precio ni del medio para su determinación, entendiéndose implícitamente convenido el precio generalmente practicado en el sector económico al que pertenece el contrato». Esta misma idea se recoge en el Capítulo dedicado al Contenido del contrato, cuyo artículo 525-4 prevé la falta de determinación del precio o de otras circunstancias del acuerdo.

⁴⁸ Dejando ahora de lado qué deba entenderse por objeto del contrato, si lo son las cosas o servicios (arts. 1271 a 1273 CC), si lo es la prestación (art. 1088 CC), si el objeto lo es de la obligación o de la prestación, se ha sostenido que «la visión sustancialista del contrato surge con las doctrinas de los juristas medievales... y que en el pensamiento medieval se abre camino la doctrina de los elementos esenciales, pero no la del objeto del contrato... siendo del s. XVI en adelante cuando se verifica un paso adicional hacia el camino de la abstracción de la res como elemento esencial», FIORI, R.: «Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civile», *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Nápoles. 2003, pp. 169 y ss.. Este proceso culmina con los iusnaturalistas alemanes, teniendo como antecedente Leibniz, sustituyéndose *personae* y *res*, por sujetos y objetos y «el *consensus*, bisagra de los *essentialia contractus*, se convierte entonces en *declaratio voluntatis*, dentro de los *essentialia negotii*...», lo que tendrá también su reflejo en Francia, donde las nociones romanas de *personae* y *res* se proyecta ahora en los «conceptos más lógicos de sujeto y objeto», FIORI, cit., pp. 169 y ss. Este mismo autor sostiene que

(dispositiva) únicamente entra en juego una vez se han acordado todos los elementos estructurales del contrato (de nuevo los artículos 1254, 1261 y 1262 CC) y la integración del contenido se reduce a aquellos otros sobre los que el consentimiento es circunstancial⁴⁹. La integración del contenido contractual, por tanto, está vedada cuando se trata de suplir la voluntad de las partes en la formación del contrato decidiendo sobre elementos esenciales del mismo (art. 708 LEC)⁵⁰.

2. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO

Como sucede con el contenido del contrato, continúa siendo discutido si el objeto, al que se refieren los artículos 1261 y 1271 a 1273 CC, lo son las prestaciones (conductas a las que las partes se obligan: dar, hacer o no hacer), las obligaciones que asumen cada una de ellas en virtud del mismo, o las propias realidades materiales o jurídicas sobre las que recae el consentimiento. En cualquier caso, se trata de una cuestión más teórica o doctrinal que real, pues al fin, sea objeto del contrato la obligación, la prestación o las «cosas», lo cierto es que todos los caracteres exigibles al «objeto del contrato» finalmente hacen referencia a la concreta realidad sobre la que recae el consentimiento. El examen de la licitud, posibilidad, existencia y determinación o determinabilidad se concentra en el objeto de la prestación, de manera que para el concreto aspecto que se estudia, más que a la propia conducta de las partes, se circunscribe al bien y al precio que son, a su vez, objeto de las prestaciones que ambas partes asumen. Es por ello que la alusión al objeto del contrato en este contexto, lo es a lo que en el fondo cons-

será POTHIER, el que llevó a cabo la primera elaboración acabada de una teoría del objeto del contrato y que «era natural esperar que los elementos estructurales, sujeto y objeto, se encuentren en todo tipo de obligación, y también en el contrato. Este último se construye como acuerdo (*consensus*) de sujetos sobre un «cierto objeto» (en el ejemplo tradicional de la compraventa, *pretium* y *res*)», modelo que pasará a nuestro Código Civil y al Código italiano de 1865.

⁴⁹ En igual sentido y para el Derecho francés, SOUCHON, C., en *La formation du contrat. Harmonisation du Droit des affaires dans les pays du marche commun*, Dir. RODIERE, R.; París, 1976, p. 43, al sostener que en principio, el contrato se concluye cuando las partes están de acuerdo en todos los elementos principales y secundarios del mismo, pero que la falta de acuerdo sobre los considerados elementos secundarios, permite al juez admitir que, no obstante, el contrato se haya perfeccionado. También, TERRÉ, F., SIMLER, P., et LEQUETTE, Y.: *Droit Civil. Les obligations*, Dalloz, París. 2013, p. 205.

⁵⁰ Muestra de ello es el artículo 708 LEC en relación con la indeterminación de algún elemento esencial del contrato, en el que puede el juez condenar a emitir una declaración de voluntad que lo integre, pero no cumplida, no puede ser suplida por el juez (sí podría si el elemento no fuese esencial), procediéndose a la ejecución por los daños y perjuicios ocasionados.

tituye un todo, pues el objeto de la prestación es a lo que en definitiva se obligan a dar ambas partes (cosa y precio).

Dicho esto y visto que parte del contenido del contrato pasa ahora en las nuevas propuestas a constituir un momento dentro del iter contractual diferente al de su formación o perfección⁵¹, y que la determinación del objeto del contrato o la previsión de las pautas para su fijación deja de constituir un elemento esencial, es imprescindible establecer una serie de reglas que sirvan para su concreción una vez se comprueba la indeterminación del objeto de la prestación contractual.

Para ello se emplean varios instrumentos. Por un lado, reglas directamente aplicables que sirven a esta finalidad de determinación (pautas objetivas), por otro, normas que permiten que la concreción del objeto del contrato sea llevado a cabo por una de las partes, por un tercero, o por el propio juez (criterios subjetivos pero que tienen en cuenta, a su vez, parámetros objetivos), en este último caso, al considerar que el juez no decide sobre un elemento esencial supliendo la voluntad de las partes en la formación del contrato. Se pasa entonces del contrato en que el objeto, hasta ahora considerado elemento integrante de la declaración de voluntad, debía estar cerrado casi en su totalidad, al acuerdo suficiente en el que alguno de sus términos pueden estar abiertos sin que ello impida su conclusión o perfección.

III. EL PRECIO DETERMINABLE COMO OBJETO DE LA PRESTACIÓN

Ya se ha dicho que la regla general respecto a la determinación o determinabilidad del objeto del contrato se prevé en el artículo 1273 del Código, pero esta regla es, a su vez, recogida en otros restantes preceptos relativos a tipos contractuales específicos. Así, en el artículo 1445 CC cuando se exige que la obligación del vendedor es entregar una cosa determinada y la del comprador pagar por ella un precio

⁵¹ También, como ha quedado dicho en la Ordenanza Francesa n.º 2016-131, de 10 de febrero por la que aprueba la reforma el Derecho de contratos, el régimen general y la prueba de las obligaciones, Título tercero, Capítulo segundo, Sección segunda, subsección tercera «Del contenido del contrato», artículos 1162 y ss. del Code. Se sostiene en la Exposición de Motivos de la Ordenanza que «el contenido del contrato, es un término adoptado en una pluralidad de instrumentos europeos de armonización del Derecho de contratos y que la Subsección tercera pretende modernizar y adaptar a la evolución de la vida económica, las disposiciones del Code relativas al objeto del contrato».

cierto. También, los artículos 1543 y 1544 CC emplean la expresión precio cierto como contenido de la obligación del arrendatario⁵².

El Código de comercio, sin embargo, con una mayor flexibilidad, permite la indeterminación acudiendo a criterios objetivos para la fijación concreta de la obligación asumida y, por ende, del objeto de la prestación. Sucede así en el contrato de comisión en lo que afecta al «premio del comisionista» (art. 277 C.Com.: «Faltando pacto expreso de la cuota, se fijará ésta con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliera la comisión»), como también en el artículo 304 para la retribución del depositario («Si las partes contratantes no hubieren fijado la cuota de la retribución, se regulará según los usos de la plaza en que el depósito se hubiere constituido»), y en relación con el contrato de compraventa mercantil, la determinación o determinabilidad se recoge en los artículos 327 y 328 C. Com., respecto del pacto de entrega de mercancía que reúna unas concretas cualidades, pero no se hace expresa referencia a la determinación o determinabilidad del precio, aunque es usualmente admitido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que el contrato de compraventa mercantil puede estar concluido determinándose posteriormente el precio acudiendo a parámetros objetivos⁵³.

⁵² Es más, el artículo 1547 CC establece la finalización del contrato de arrendamiento verbal cuando, habiéndose comenzado a ejecutar, posteriormente faltare la prueba del precio (renta) convenido.

⁵³ Así, SAP de Navarra de 7 de mayo de 1999 (AC/1999/5868) y SSAP de Murcia de 16 de junio de 2006 (JUR/2006/226026) y de 8 de julio de 2011 (JUR/2011/318920), declarándose en esta última (Ponente, Plana Arnaldos) que «Como sabemos, el precio es un elemento esencial del contrato de compraventa, el artículo 1445 del Código Civil establece que en este contrato, así como uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada, el otro se obliga "a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo represente". Se exige que el precio sea cierto, según establece el citado precepto. Ahora bien, es aplicable con carácter general en este punto la regla del párrafo segundo del artículo 1273 del Código civil, según la cual "la indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes"; de manera que se admite la formación del precio per relationem y la utilización de cualesquiera criterios de determinabilidad que las partes hayan podido utilizar. En especial, el artículo 1448 admite la venta según precio de bolsa o mercado, que constituye una especificación de la regla objetiva de fijación del precio de la compraventa señalada en el artículo 1447, para el caso de venta de cosas fungibles. Con todo, el artículo 1449 establece los límites prohibiendo el señalamiento del precio por arbitrio de uno de los contratantes, lo que en el fondo es una aplicación del artículo 1256 del Código civil que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de una de las partes. En resumen, la interpretación conjunta de las normas sobre determinación del precio en el contrato de compraventa, contenidas en nuestro Código civil nos lleva a concluir que el criterio de determinación del precio, cuando no se ha explicitado, ha de ser un criterio objetivo, no pudiendo depender su fijación de una sola de las partes. En este caso, el criterio objetivo es el precio de comercialización de los limones rodrejos en la misma fecha de la compraventa entre las partes, que era 0.390 €/ Kg. Tal precio ha quedado acreditado por las distintas operaciones de compraventa de este mismo tipo de limones en esas fechas realizadas por el comprador, que se dedica a la exportación, lo que fue considerado

1. PRECIO DETERMINADO O DETERMINABLE EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DEL CÓDIGO CIVIL

El problema inicial que plantea el contrato de compraventa, tal y como se ha venido entendiendo tradicionalmente, es que se trata de un contrato de ejecución instantánea y simultánea (siempre claro está, que las partes no hayan establecido otra cosa), por lo que la cuestión sobre la determinación del precio en este supuesto o no existe o es menor. Las fluctuaciones del valor del bien en el mercado, como regla general, no le afecta. Sin embargo, no se parte de la misma premisa en aquellos contratos de compraventa (o contratos mercantiles análogos, como el de suministro o de distribución o en aquellos en los que el vendedor asume, además, una obligación de hacer al tener que elaborar el producto final que debe entregar) en los que su ejecución puede diferirse en el tiempo, o cuyas ejecuciones periódicas pueden provocar que riesgos externos al contrato afecten al precio fijado inicialmente.

Es también sabido que el contrato de compraventa es un contrato oneroso, el sacrificio que cada una de las partes lleva a cabo se ve compensada con la realizada por la otra, y conmutativo, «la relación de equivalencia entre las respectivas prestaciones está fijada de antemano, de forma que ya desde el principio se sabe cuál es el sacrificio y el beneficio que van a experimentar ambos

prueba suficiente por la sentencia recurrida, que compartimos plenamente en este extremo. Recordemos a este respecto que el precio de mercado es un criterio aceptado expresamente por el Código civil en el artículo 1448, y que debe ser interpretado no como mercado institucionalizado ni precios oficiales, sino que es admisible el precio medio que resulte de una campaña en la zona, el precio al final de la campaña agrícola, el precio usual de mercado de las mercancías vendidas (STS 23 de noviembre de 1976) o cualquier otra fórmula que refleje de forma objetiva el valor del objeto. Realmente tal exigencia de que la determinación esté ligada a un criterio objetivo está en la línea marcada por los textos de Derecho internacional en materia de compraventa, que establecen criterios de determinación residuales que hacen referencia a la posibilidad de determinación objetiva (así, tanto el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptado en Viena el 11 de abril de 1980, como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, incluyen normas de determinación residual del precio que se remiten a criterios objetivos como el precio de mercado, el precio generalmente cobrado, o el precio «razonable». En la misma línea se pronuncian los textos jurídicos que reflejan los intentos de armonización en materia de derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Unión Europea, los Principios de Derecho Contractual Europeo –Principles of European Contract Law, PECL, con sus siglas en inglés– primero, publicados en el año 2000 y, basado en ellos el actual Marco Común de Referencia –Common Frame of Reference o CFR, con sus siglas en inglés, y más exactamente el borrador, «Draft»-) Aunque tales normas parten de un modelo distinto de contrato (open contract) y, sobre todo, están previstas para ordenamientos en los que existen criterios de determinación residual del precio, sin embargo nuestro ordenamiento comparte la orientación en cuanto a tener en cuenta siempre un criterio objetivo».

patrimonios»⁵⁴, motivo por el que la posible desviación del precio quebraría con estos caracteres⁵⁵.

Se podría decir entonces que al ser el contrato un instrumento indispensable de previsión individual de cuantos aspectos pudieran influir en la onerosidad y conmutatividad del acuerdo, siempre existirían mecanismos suficientes como para poder prever aquellas circunstancias externas que los alterasen (condiciones⁵⁶, cláusulas de estabilización o actualización⁵⁷, etc.). En definitiva, «la función del contrato consiste, precisamente, en asegurar a las partes frente a las oscilaciones de valor que deriven de las condiciones generales del mercado»⁵⁸ y aunque es razonable pensar que las posibles variables externas que puedan afectar a los intereses económicos de las partes, siendo previsibles, forman parte «del alea normal del contrato» (benefician a uno y pueden perjudicar a otro), también es

⁵⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *Curso de Derecho Civil*, Derecho de Obligaciones. 2014, p. 346.

⁵⁵ Como ha advertido GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración extraordinaria de circunstancias», *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Coord. GONZÁLEZ PACANOWSKA y GARCÍA PÉREZ, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra. 2014, p. 144, «en el Derecho común se consagró como principio universal de equidad el equilibrio de valor entre las contraprestaciones en los contratos sinalagmáticos; la razón última de este principio se recondujo a un vicio originario del consentimiento y se extendió la idea de que la lesión debía ser valorada en el momento de la perfección del contrato y no en el momento del cumplimiento. De aquí se planteó el problema en los contratos cuya ejecución se desenvolvía a lo largo del tiempo, cuyo equilibrio resultase gravemente alterado por condiciones del mercado. El mismo principio de equidad que estaba en la base de la norma que proscribía la lesión inicial servía para exigir la persistencia del equilibrio del intercambio en los contratos de ejecución periódica o diferida».

⁵⁶ Como se recoge en la STS de 12 de julio de 2010 (RJ/2010/6034), en la que se considera inaplicable la cláusula de revisión del precio de la compraventa, pues se ceñía al aumento de precio por recalificación del terreno (convenio o venta a tercero) y no a otras causas que dieran lugar a su incremento, como de hecho lo fue aunque debido al mercado inmobiliario en la zona. En la SAP de Málaga de 30 de mayo de 1998 (AC/1998/5377), la Audiencia no aplicó la cláusula estabilizadora del precio de la compraventa y prevista en el contrato, al considerar que deben ser de interpretación restrictiva y que en el supuesto concreto no se justificaba al no producirse una falta de poder adquisitivo del vendedor.

⁵⁷ Pero siempre que sean previsibles y la larga duración del contrato lo es. El legislador lo ha tenido en cuenta para otros contratos, por ejemplo, para el arrendamiento urbano en el artículo 18 de la LAU de 1994. También en el artículo 13 de la LAR. Para las imprevisibles, las vías son la *rebus sic stantibus* y la rescisión, cauces que como se sabe, o son excepcionalmente aplicados o, como regla general están vedados (salvo que la Ley lo prevea expresamente, supuesto del artículo 1575 CC, para casos extraordinarios, y aunque discutida su naturaleza —sí de anulabilidad por error, de incumplimiento contractual o rescisoria— en los artículos 1469, 1470 y 1471, como también para las acciones edilicias por vicios ocultos). Ejemplo de ello es la STS de 25 de enero de 2007 (RJ/2007/592), en la que el comprador aduce, precisamente, la cláusula *rebus sic stantibus* para disminuir el precio de la aceituna vendida por producirse una alteración sobrevenida y sustancial del precio del aceite, pero que el Tribunal Supremo entiende inaplicable. De igual forma la SAP de Murcia de 27 de noviembre de 2014 (JUR/2015/51115), para la elevación del precio en un contrato de suministro de agua alegándose la cláusula *rebus sic stantibus* por alteración sobrevenida de las circunstancias al elevarse las tarifas eléctricas, aunque la estimó inaplicable.

⁵⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Alteración sobrevenida..», cit., p. 161.

cierto que existen instrumentos que sirven para minorar la influencia que aquellas pudieran provocar⁵⁹.

El equilibrio del precio puede obtenerse también a través del denominado «precio abierto», permitiendo a las partes incluir de forma unitaria todos aquellos riesgos externos que afecten al mismo⁶⁰, aunque previéndose a un mismo tiempo por el legislador que, en este supuesto, el precio finalmente fijado lo sea de acuerdo a unos parámetros razonables, fuera de los cuales, el precio puede ser corregido o, en último extremo, pueda el contrato llegar a ser ineficaz.

El artículo 1445 CC establece que «Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo represente». Se recogen en él las dos obligaciones principales que surgen una vez perfeccionado el contrato: la de entregar cosa determinada que corresponde al vendedor y la de dar un precio cierto a cargo del comprador. Pero a pesar del tenor literal del precepto (se parte de la compraventa tradicional), se admite que el contrato se perfecciona y puede generar entre las partes las mismas obligaciones, aunque ni cosa ni precio estén determinados en ese instante, permitiéndose un cierto grado de determinabilidad cuando se establezcan en él las pautas a seguir para llegar a su absoluta concreción, claro está, siempre que sea ésta la verdadera voluntad de comprador y vendedor, pues es posible que exista una reserva de las partes a consentir cuando ambas prestaciones hayan sido fijadas de forma exacta⁶¹. De ello dan muestra los artículos 1167, 1273,

⁵⁹ Lo dicho cuando se trata de variables previsibles y no extraordinarias, pues como ya antes se mencionó, la vía para revisar el precio que se ha visto alterado por circunstancias extraordinarias e imprevisibles, hasta el momento ha sido la *rebus sic stantibus*. Respecto de la aplicación de esta doctrina en la alteración de los elementos de determinación de la prestación y en el incremento de valor de la prestación propia y la desproporción sobrevenida con el precio estipulado, o el envilecimiento de la prestación que se recibe y el desequilibrio con el precio, puede consultarse, GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Alteración sobrevenida...», cit., pp. 161 y ss.

⁶⁰ La STS de 13 de julio de 1984 (RJ/1984/3983), sostuvo en este sentido que «La sentencia de instancia, con referencia al contrato de compraventa de la cosecha de manzanas convenido por las partes, si bien declara que no existe en los autos prueba directa del que se conviniera verbalmente, sienta no obstante por la vía de presunciones que el precio pactado fue «el que resultara como medio de la comarca a lo largo de la campaña», por inferir de los hechos base que da por probados que lo verosímil y lógico fue que ambos litigantes, cuando concertaron la operación y visto el resultado que ya tuvieron que sufrir el año anterior en contrato similar, quisieron prevenirse del riesgo de un precio fijo y lo eliminaron pactando el precio medio, que por lo demás resultaba de los diferentes boletines de cotizaciones agrarias, por lo que, en definitiva, estimó como cierto y determinado tal precio y condenó a la hoy recurrente al pago de la parte no satisfecha y reclamada».

⁶¹ Aunque en el Derecho anglosajón el pacto de *price to be agree*, es decir, de determinación del precio en virtud de un acuerdo futuro, es admitido, entre nosotros probablemente caería de lleno en el supuesto del artículo 1273 CC. No obstante, como se ha señalado, en algún caso dicho pacto «puede constituir una prueba de que no existió contrato,

1447 y 1448 CC. De los preceptos se deduce que el contrato se perfecciona (y como expresamente afirma el artículo 1258 CC desde entonces obliga), aunque el precio no se haya cuantificado, siendo suficiente para que se tenga por cierto que lo sea con referencia a otra cosa cierta (o al que la cosa tuviese en determinado día, bolsa o mercado, artículo 1448 CC) o se deje su señalamiento a arbitrio de persona determinada (art. 1447 CC).

Los motivos por los que el Código permite la determinabilidad vienen dados, por un lado, por la necesidad de dar por surgido el vínculo, es decir que las partes se hallen ya sujetas, la una respecto de la otra, asumiendo los compromisos que derivan del contrato concluido. Existiendo voluntad de vender y comprar, la falta de cuantificación del precio no puede suponer, en principio, un obstáculo para la conclusión del acuerdo. Por otro, porque aunque no expresamente mencionados en los preceptos, se infiere que ambas partes entienden que el precio no puede ser fijado en ese instante, siendo necesario acudir a criterios subjetivos u objetivos posteriores que permitan una más exacta precisión del mismo, pero sin que ello suponga no querer quedar obligados⁶². De ahí que de los artículos 1273, 1447 y 1448 CC pueda deducirse que existe consentimiento de los contratantes aunque no recaiga sobre la exacta cuantía del precio, es decir, el consentimiento se ha prestado sobre su existencia y realidad, pero también sobre su determinabilidad.

En sentido contrario, no habría consentimiento en el precio determinable cuando no se han acordado las pautas para fijarlo⁶³. Esta afirmación, sin embargo podría ser matizada teniendo en cuenta la efectiva voluntad de los contratantes en quedar obligados, pues el problema se centra fundamentalmente en no haber separado claramente los casos en que en realidad no existe precio, se produce una indeterminación absoluta que lleva a dudar de que verdaderamente se haya consentido una compraventa, de aquellos otros en los que simplemente existe una «indetermina-

solo un *agreement to agree*, o lo que es lo mismo, de que no existía una verdadera voluntad de obligarse», MARCHAL ESCALONA, N.: «Determinación del precio en los contratos», *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Civitas Thomson-Reuters, Navarra. 2009, p. 590,

⁶² GARCÍA PÉREZ, C.L.: «Sobre la posibilidad de integración judicial del precio determinable», *Tratado de la Compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, Aranzadi Thomson-Reuters, t. II, Navarra. 2013, p. 913.

⁶³ Como establecen los artículos 1447 y 1448 CC para que se tenga por cierto el precio basta que lo sea con referencia a otra cosa cierta (u otros criterios objetivos) o que su fijación se encomiende a un tercero determinado. La falta absoluta de previsión en cuanto a las bases que deban emplearse, o incluso, la referencia a otra cosa se hace de forma no concreta o a un tercero también indeterminado, abocaría a no tener el contrato completo y por ello a su ineficacia.

ción relativa del precio» pero al mismo tiempo una voluntad real de contratar⁶⁴.

Esta idea, el contrato se perfecciona existiendo una voluntad real de quedar obligados aun cuando el precio no se haya determinado, descansa en que el consentimiento se prestó por ambas partes también sobre la posterior concreción o cuantificación (se trataría de un «acuerdo suficiente»). La determinación del precio o de los criterios para fijarlo, es decir, la determinabilidad inicial del precio, no constituiría, en línea de principio y siempre que las partes así lo hubieren manifestado, un elemento esencial para la perfección del contrato. Sin embargo, esta perspectiva, como ya se ha dicho, es más propia del *Common Law* que del *Civil Law* (y muy especialmente de aquellos Códigos que, como el nuestro, han seguido la tradición francesa⁶⁵).

A ello se añade que, a diferencia de los países anglosajones, la determinación del precio en virtud de un acuerdo futuro, caería de lleno en la previsión del artículo 1273 CC⁶⁶, salvo que como se ha apuntado, la cuantía del precio no sea considerado como elemento esencial, porque en tal caso y como sucede en esos sistemas, el artículo 708 LEC permitiría al juez concretarlo.

No obstante, hasta el momento se ha considerado que el precio constituye un elemento esencial en el contrato de compraventa⁶⁷, es elemento tipo de este acuerdo, de manera que, cuando existen dudas sobre su certeza, recaen en el objeto principal del contrato provocando su nulidad. Frente a esta concepción se podría afirmar que la esencialidad del precio reside precisamente en su existencia,

⁶⁴ En este sentido, FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: *Compraventa con precio determinable*, Edijus, Navarra, 2001, p. 172. CARRASCO PERERA, A.: *Tratado de contratos*, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra, 2010, p. 245 y 246, afirmando en relación con el artículo 1273 CC que este concreto modelo de contrato incompleto no determina ni que el contrato sea nulo, ni que no sea necesario la delegación de competencias de integración al juez.

⁶⁵ En este sentido, FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: «Forma, objeto y causa/consideration», *Derecho Privado Europeo*, Coord. Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2003, p. 407.

⁶⁶ Así lo sostuvo la STS de 17 de octubre de 2005 (JUR/2005/7226) «No hay ningún criterio predeterminado sino que dependerá de la apreciación de cada parte en función de las circunstancias del mercado, lo que lleva obligatoriamente a que ambas partes hayan de concordar en que el precio del suministro es correcto, todo lo contrario al mandato del artículo 1273 del CC que dice que ha de ser posible determinarlo «sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes».

⁶⁷ STS de 22 de diciembre de 2000 (JUR/2000/10135): «La certeza del precio es requisito esencial de la propia naturaleza del contrato, conforme al artículo 1445 del Código Civil. No obstante el concepto de precio cierto no exige necesariamente que se precise cuantitativamente en el momento de la celebración del pacto, sino que basta que pueda determinarse aquél, es decir que el concepto no quede en blanco ni afectado por unilateralidad plena sino que pueda ser determinado con referencia puntual y concreta y lo prevé el artículo 1447 del Código Civil. En el presente caso, si bien no puede hablarse de una indeterminación total en cuanto se fijaron unos límites cuantitativos entre los que había de comprenderse el precio final y cierto, no se establecieron los criterios que, dentro de esos límites, llevarían a la exacta determinación del precio».

en la certeza de que las partes quieren un precio, la esencialidad, acaso, no estriba en el *quantum*. Es por ello, que existiendo precio, que es lo que nos viene a decir constantemente el Código, hay contrato aun cuando no se sepa su cantidad⁶⁸.

2. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO EN OTROS ORDENAMIENTOS

También, entre la doctrina francesa, cosa y precio se califican como elementos objetivamente esenciales a la compraventa⁶⁹, de manera que para la perfección del contrato es preciso que el consentimiento recaiga sobre ambos elementos (art. 1583 Code), llegándose a sostener la necesidad estructural de un objeto determinado para la formación del contrato⁷⁰. El artículo 1591 incide sobre este aspecto al establecer que el precio de la venta debe estar determinado y designado por las partes (prohibiendo que su cuantificación quede al arbitrio de una de ellas), aunque no obstante, el artículo 1592 del Code permite que la concreción pueda llevarse a cabo por un tercero⁷¹. Pero pese a la necesidad de que el precio esté determinado de acuerdo con el precepto citado, el artículo 1129 admite la determinabilidad del objeto de la obligación, lo que ha llevado a que un sector de la jurisprudencia francesa aplique este precepto (como regla general) a concretos contratos (y no el específico para la venta, artículo 1591 Code) autorizándose a que pudiera ser determinado ulteriormente⁷².

La flexibilización de este requisito y la aplicación del artículo 1129 se había basado en que la norma específica (art. 1591), va referida exclusivamente a la venta, pero no para aquellos otros contratos que presentando algunos aspectos cercanos a aquella, sin embargo tenían ciertas especialidades⁷³ (fundamentalmente en contratos de suministro, de distribución y contratos de franquicia).

⁶⁸ GARCÍA PÉREZ, «Sobre la posibilidad de integración judicial del precio», cit., pp. 913 y ss. Esta misma idea se recoge por FRISON-ROCHE, M.A.: «L'indétermination du prix», *Revue de Droit Civil*, 1992, p. 275.

⁶⁹ CORBISIER, I.: «La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. Reflexions comparatives», *Revue Internationale de Droit Comparé*. 1988, p. 772.

⁷⁰ GHESTIN, J.: *Traité des contrats. La vente*, París 1990, p. 426.

⁷¹ Lo que según TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, cit., p. 316, significa que el precio en la venta puede ser determinado o determinable.

⁷² TALLON, D.: *La détermination du prix dans les contrats (étude de Droit Comparé)*, París. 1989, pp. 17 y 18. CORBISIER, cit., pp. 785 y 786, FRISON-ROCHE, cit., p. 276. No obstante, como sostiene esta última autora, p. 277, la aplicación del artículo 1129, también ha sido discutida, dado que la determinabilidad a la que se refiere el precepto, se dice lo es a la «cosa» y que «el precio, constituye, a priori, una realidad distinta a la cosa».

⁷³ FRISON-ROCHE, cit., p. 276.

La jurisprudencia francesa interpretaba que la falta de una voluntad expresa en la concreción del precio, no significaba que no se pudiera estar ante una voluntad tácita de las partes en aplicar un precio de mercado o el habitual empleado por el suministrador o distribuidor, especialmente en los casos de venta comercial. En estos supuestos se pasaba del dominio absoluto de la autonomía de la voluntad al intervencionismo jurisdiccional⁷⁴. El juez, atendiendo a la naturaleza o especie de las mercancías, podría deducir entonces que el precio querido era el del mercado, bien en el momento de conclusión del contrato, bien en el de entrega de las mercancías⁷⁵. Es por ello que a la regla general de que no habiendo consentimiento sobre la determinación del precio por constituir un elemento esencial en estos acuerdos (no había contrato), se le criticaba no tener en cuenta la voluntad real de las partes y de forma especial en los contratos de «aprovisionamiento de larga duración»⁷⁶. Esto justificó que, en tales casos, se pudiese inferir que la voluntad de las partes era que el precio de la venta iba referido al precio justo, equilibrado, pudiendo ser posteriormente cuantificado⁷⁷.

Aunque ha existido una jurisprudencia vacilante⁷⁸, buena parte de la doctrina francesa había considerado de aplicación el artículo 1129 sobre el 1591 en los denominados «contratos marco» en los que su complejidad, entramado de obligaciones de diversa índole, así como la previsible larga duración de los mismos, generaban cierta insatisfacción por la inflexibilidad del artículo 1591. En los últimos tiempos, y especialmente a raíz de varias sentencias de la Corte Casación francesa (en Pleno) de 1 de diciembre de 1995, la solución dada por la jurisprudencia a este tipo de contratos se ha ido homogeneizando, evitando la incertidumbre jurídica que provocaba la aplicación de uno u otro precepto a iguales supuestos (así, por ejemplo, en relación con el contrato de franquicia)⁷⁹, como al someterlo al artículo 1129 CC, decidiendo sobre el grado de determinación del precio para la validez o no del acuerdo. Con las sentencias del año 1995, la Corte de Casación francesa pretendió dar por zanjada una cuestión que había generado un intenso debate al admitir la validez de determinados contratos (de suministro o distribución, fundamentalmente) aun cuando no constase un

⁷⁴ CORBISIER, cit., p. 774.

⁷⁵ CORBISIER, cit., p. 774.

⁷⁶ CORBISIER, cit., p. 775.

⁷⁷ CORBISIER, cit., p. 775.

⁷⁸ Puede consultarse al respecto, FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: «La nueva jurisprudencia francesa sobre exigencia de determinación del precio en los contratos de distribución», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 4, 1997, pp. 1751 y ss.

⁷⁹ FRISON-ROCHE, cit., p. 279; GHESTIN, J. et BILLIAU, M.: *Le prix dans les contrats de longue durée*. 1990, pp. 34 a 36.

precio determinado. Los argumentos empleados para admitir su validez se centran en considerar que la determinación final del precio no es un problema de formación del contrato sino de su ejecución⁸⁰, que la determinación por una de las partes puede admitirse siempre que lo sea con referencia a un elemento externo objetivo y que no se lleve a cabo de forma abusiva⁸¹. De esta manera, la determinabilidad a la que se refiere el artículo 1129 del Code queda superada permitiéndose la indeterminación inicial, claro está, siempre que se trate de un contrato marco.

Esta doctrina y jurisprudencia es la que finalmente ha sido recogida en la reforma del Code operada por la Ordenanza de 2016, limitando la indeterminación inicial del precio a estos concretos supuestos, y, por ello, excluyendo su aplicación general, de forma que para la compraventa sigue rigiendo la regla del artículo 1591 CC⁸².

El Codice Civile italiano, siguiendo esta misma tradición, exige la concurrencia de los requisitos esenciales del contrato en el artículo 1325, incluyéndose entre ellos el objeto y a cuyo régimen dedica los artículos 1346 a 1349. Con una redacción similar a nuestro artículo 1273 CC, el artículo 1346 del Codice establece que el objeto del contrato debe estar determinado o ser determinable (recogiendo el artículo 1349 la posibilidad de que sea un tercero, o incluso el juez, los que procedan a su determinación. Esta misma regla rige para el precio en la compraventa tal y como dispone el artículo 1473). Pero a diferencia del régimen español o francés, y ya dentro del contrato de compraventa, permite la falta de determi-

⁸⁰ Como apunta, AYNÈS, M.L.: «Les spécificités françaises. La question de la détermination du prix», *Le contrat cadre de distribution*, CREDA, <http://www.creda.cci.fr>, p. 3, «El contrato marco no tiene porque contener un mecanismo de determinación del precio. Un acuerdo sobre el mecanismo de determinación no es condición de su validez. Así, la cuestión de la determinación del precio se desplaza de la formación a la ejecución del contrato».

⁸¹ Esta doctrina es la que ha sido recogida en la Ordenanza de 2016 por la que se reforma, en estos aspectos el Code (nuevo artículo 1163), de forma que ahora se pasa (y ya hemos dicho que solo para determinados tipos contractuales), «a otorgar una confianza a la voluntad unilateral *a priori*, aunque con reserva de un control judicial posterior. De manera que, contestado el precio determinado unilateralmente, el autor de la cuantificación deberá demostrar que el precio no ha sido fijado arbitrariamente. En caso de abuso el juez podrá revisar el precio en consideración a los usos, al precio de mercado, o de las esperanzas legítimas de las partes», DUPICHOT, cit., p. 41.

⁸² Como apuntaba PICOD, Y.: «Les projets français sur la réforme du Droit des obligations», *Indret*. 2009, p. 7, «Nuestro Derecho establece un principio según el cual el precio debe emanar de la voluntad común de las partes, bajo pena de nulidad. El 1995, la jurisprudencia llevó a cabo una evolución liberal admitiendo la fijación unilateral del precio siempre que no fuese abusivo», lo que fue recogido en los proyectos franceses de reforma pero limitado a los contratos de ejecución sucesiva o contratos marco, «confiando en el juego del mercado y de la concurrencia, sin reconocer, por tanto, una protección al deudor, aunque la voluntad arbitraria del acreedor encuentra sus límites en la noción de abuso del derecho».

nación inicial del precio y ausencia de criterios acordados por las partes para fijarlo, si resulta que puede ser suplido por un precio habitual de mercado o precio normalmente practicado por el vendedor (art. 1474, precepto también aplicable al contrato de suministro conforme a lo dispuesto en el artículo 1561 del Codice).

En el Derecho alemán, aun partiendo de que el contrato no se perfecciona si las partes han decidido que deben acordarse todos los aspectos del programa contractual (parágrafo 154 BGB), es posible que se tenga por concluido existiendo voluntad de quedar obligados y aun faltando algún aspecto del mismo (parágrafo 155 BGB). En relación con esta última cuestión, los parágrafos 315 a 317 BGB permiten la «especificación» o determinación posterior a una de las partes siempre que sea equitativa, pues no siéndolo podrá llevarla a cabo el juez (parágrafo 315 BGB). Dispone, de igual forma, que un tercero sea el encargado de la determinación con arreglo a los mismos criterios de razonabilidad (parágrafo 317 BGB⁸³), y cuando el tercero no realice la determinación de forma razonable, la concreción corresponderá al juez (parágrafo 319 BGB).

De forma semejante se regula en el Código Civil portugués, artículo 400⁸⁴, regla general para el objeto del contrato, y en el 883 para la determinación del precio en la compraventa⁸⁵. Este último establece que el precio, cuando no esté determinado, será el habi-

⁸³ Previendo, además, que en el supuesto de que sean varios terceros los que deban proceder a la determinación, siendo precisa la unanimidad y en caso de duda, si cada tercero establece una cuantía diferente, deberá ajustarse al importe medio.

⁸⁴ El precepto establece que la determinación de la prestación puede ser encomendada a una u otra de las partes o a un tercero, debiendo realizarse conforme a juicio de equidad, si no se hubiese establecido otros criterios, pudiendo recurrirse al juez, cuando ni unos ni otro la llevasen a cabo. Además, el artículo 280 del Código Civil portugués, admite los negocios jurídicos cuyo objeto sea determinado o determinable, de forma que será nulo aquel en el que el objeto sea indeterminable. Se afirma que dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que el requisito de la determinabilidad de la prestación debe dividirse en dos: en primer lugar, que el contrato diga algo sobre quién debe determinar la prestación, en segundo, los criterios a los que debe acogerse quien deba llevar a cabo la determinación, así PINTO OLIVEIRA, N.M.: *Princípios de Direito dos contratos*, Coimbra. 2011, p. 339. De igual forma, se sostiene que el contrato debe contener un mínimo de determinación necesaria para evitar que los criterios de equidad se conviertan en puro arbitrio, ANTUNES VARELA, J.: *Das obrigações em geral*, vol. 1, Coimbra. 2000, p. 806. Por otro lado, el artículo 883 del Código civil portugués no exige ni la determinación del precio por ambas partes ni que consten los parámetros que sirvan para su fijación, al incluir criterios que finalmente sirvan para determinarlos, así, precio habitualmente practicado por el vendedor, el que se derive del mercado o bolsa, o por el juez si no pudiera concretarse de acuerdo con los anteriores.

⁸⁵ El precepto establece que «1. Se o preço não estiver fixado por entidade pública, e as partes o não determinarem nem convencionarem o modo de ele ser determinado, vale como preço contratual o que o vendedor normalmente praticar à data da conclusão do contrato ou, na falta dele, o do mercado ou bolsa no momento do contrato e no lugar em que o comprador deva cumprir; na insuficiência destas regras, o preço é determinado pelo tribunal, segundo juízos de equidade. 2. Quando as partes se tenham reportado ao justo preço, é aplicável o disposto no número anterior».

tualmente practicado por el vendedor en la fecha de conclusión del contrato y, a falta de éste, el que un vendedor medio normalmente practicase en la fecha y lugar de cumplimiento del contrato (precio de mercado o bolsa)⁸⁶.

En el sistema inglés⁸⁷ y en el americano, la determinación del precio o de los criterios para su cuantificación, no es contenido imprescindible que haya de constar en el momento de perfeccionar el contrato si resulta evidente que, a pesar de su indeterminación, existe una clara intención de obligarse⁸⁸. Igual presupuesto se prevé en la *Uniform Commercial Code*, artículo 2-305, al entender perfecto el contrato con precio abierto (*Open Price Term*).⁸⁹

Se pone de relieve que a pesar de que existan ciertos puntos de conexión (se aprecian semejanzas en algunos de los mecanismos para la determinación del objeto del contrato), es diversa la regulación, no solo entre el *Civil Law* y el *Common Law*, sino también entre países que parten, en principio, de los mismos presupuestos.

3. LA POSIBLE ANTINOMIA ENTRE LOS ARTÍCULOS 14 Y 55 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Esta evidente tensión podría haberse resuelto para los contratos de compraventa internacional en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, pero significativamente, a la vista de los artículos 14 y 55, no cabe sino afirmar que ambas posiciones han quedado reflejadas en la misma⁹⁰, lo que ha llevado a considerar que la norma parece contradecirse en este

⁸⁶ Aunque para PINTO OLIVEIRA, N.M.: *Princípios de Direito dos contratos*, Coimbra. 2011, p. 341, este precepto deroga el principio general de determinación equitativa.

⁸⁷ BEATSON, J., BURROWS, A., CARTWRIGHT, J.: *Anson's Law of contract*, Oxford 2010, pp. 63 y 64.

⁸⁸ ZIMMERMANN, R.: *Estudios de Derecho Privado europeo*, Civitas. 2000, p. 150.

⁸⁹ El precepto establece: «(1) *The parties if they so intend can conclude a contract for sale even though the price is not settled. In such a case the price is a reasonable price at the time for delivery if: (a) nothing is said as to price; or (b) the price is left to be agreed by the parties and they fail to agree; or (c) the price is to be fixed in terms of some agreed market or other standard as set or recorded by a third person or agency and it is not so set or recorded. (2) A price to be fixed by the seller or by the buyer means a price for him to fix in good faith. (3) When a price left to be fixed otherwise than by agreement of the parties fails to be fixed through fault of one party the other may at his option treat the contract as cancelled or himself fix a reasonable price. (4) Where, however, the parties intend not to be bound unless the price be fixed or agreed and it is not fixed or agreed there is no contract. In such a case the buyer must return any goods already received or if unable so to do must pay their reasonable value at the time of delivery and the seller must return any portion of the price paid on account».*

⁹⁰ GHESTIN et BILLIAU, cit., p. 13. HONNOLD, J.: *Uniform Law for international sales under the 1980 United Nations Convention*. 3.ª Edic., 1999, pp. 143 y ss., y 353 y ss. Aunque ciertamente, como sostiene HONNOLD, J.O.: *Derecho uniforme sobre compraven-*

concreto aspecto⁹¹. Así, el artículo 14 establece que habrá oferta contractual (propuesta de celebrar un contrato) «si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos», mientras que el artículo 55 advierte que «Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías vendidas en circunstancias semejantes en el tráfico mercantil de que se trate». La Convención, aplicable en los países que la han ratificado, puede generar cierta inseguridad habida cuenta la aparente antinomia entre ambos preceptos, y plantea la duda de si su contenido es conciliable⁹².

Entre la doctrina francesa (al ser el país en el que la regla del artículo 55 de la Convención va en contra de lo que dispone el artículo 1591 del Code), se sostiene que el artículo 14 de la Convención impone a la oferta la satisfacción de una exigencia objetiva (la precisión) y de una exigencia subjetiva (la voluntad de su autor de dar por concluido el contrato en caso de ser aceptada), que será el precepto aplicable como regla general, mientras que la previsión del artículo 55 no podrá ser empleada si el Derecho nacional aplicable invalida el contrato en el que el precio no esté fijado⁹³.

Sin embargo, para la doctrina americana esta contradicción entre los preceptos es más aparente que real, ya que el artículo 14,

tas internacionales, Madrid, 1987, p. 20, el análisis del texto de la Convención pueda llevar a creer que en él ha predominado el modelo anglosajón.

⁹¹ CORBISIER, cit., p. 827, LECOISSAIS, D.: «La détermination du prix dans la convention de Vienne, le U.C.C. et le droit français: critique de la première décision relative aux articles 14 et 55 de la Convention de Vienne», *McGill Law Journal. Revue de Droit McGill*. 1996, pp. 516 y ss.

⁹² GHESTIN et BILLIAU, cit., p. 13.

⁹³ KAHN, P.: «La Convention de Vienne de 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises», *Revue internationale de Droit comparé*. 1981, pp. 951 a 961. Y que es, en definitiva, lo que excluye (del ámbito objetivo de aplicación) el artículo 4 de la Convención cuando señala que «La presente convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente convención, esta no concierne en particular: a) a la validez del contrato y a ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso...», precepto que justificaría para la doctrina francesa la inaplicabilidad del artículo 55 de la Convención, LECOISSAIS, cit., p. 528. GHESTIN et BILLIAU, cit., p. 13. Sobre la cuestión, ver también HONNOLD, J.: *Uniform Law for international sales under the 1980 United Nations Convention*. 3.^a Edic., 1999, p. 353 y ss., AMATO, P.: «U.N. Convention on contracts for the international Sale of Goods. The Open Price Term and Uniform Application: An early interpretation by the Hungarian Courts», *Journal of Law and Commerce*. 1-29, 1993, pp. 45 a 54.

al exigir que la oferta contractual sea «suficientemente precisa», alude tanto a los términos expresos como implícitos, por lo que no será lo «suficientemente precisa» cuando ni de forma expresa ni tan siquiera implícitamente se pueda llegar a conocer concretos aspectos del acuerdo (y sobre todo el precio), mientras que el artículo 55 iría destinado a completar el contrato que ha sido válidamente concluido conforme al artículo 14, es decir, cuando de los términos implícitos pueda finalmente concretarse conforme a los criterios que señala el artículo 55 de la Convención⁹⁴.

Como se ha hecho ver, la necesidad o no de que el precio esté determinado (e incluso sea determinable) conforme a los artículos 14 y 55 de la Convención, será una cuestión que se resolverá, no de una manera uniforme como pretendía la Convención, sino que dependerá de si el Ordenamiento del país en el que se plantee la controversia acepta o no el contrato con precio abierto⁹⁵. Esto podría llevar a que en los contratos con *Open Price* se incluyan cláusulas de sumisión al foro de un país que admita el contrato con precio abierto⁹⁶.

4. LA CONCRECIÓN DEL PRECIO EN LOS NUEVOS MODELOS

Ya se ha dicho que conforme a las propuestas nacionales e internacionales se incluyen, como parte del contenido del contrato y entre otras reglas, las relativas a la determinación del precio con carácter general⁹⁷. Ha sido este concreto aspecto del contenido contractual el

⁹⁴ En este sentido, HONNOLD, *Uniform Law.*, cit., pp. 353 y ss.

⁹⁵ AMATO, cit., pp. 18 a 20 y LECOSSOIS, cit., pp. 528 a 534. Ambos autores comentando la Sentencia de la Corte Suprema de Hungría de 25 de septiembre de 1992, en la que se debate sobre el sentido de los artículos 14 y 55 de la Convención de Viena, en el caso Pratt & Whitney contra Malev Hungarian Airlines, y en la que el Alto Tribunal Húngaro resuelve a favor de Malev, al considerar que conforme al artículo 14 de la Convención no se llegó a un acuerdo suficiente, al no quedar determinado el precio. En sentido parecido, la Sentencia de la Corte de Apelación de Frankfurt de 4 de marzo de 1994.

⁹⁶ SCHWARTZ, K.: «Open Price contracts and specific performance under the UN Sales Convention and the U.C.C.», *Miami International and Comparative Law Review*. 2015, p. 365.

⁹⁷ PECL: Capítulo 6: Contenido y efectos: artículo 6:104, indeterminación del precio, criterio de razonabilidad del precio; artículo 6:105, determinación del precio por una de las partes, sujeción a criterios objetivos; artículo 6:106, determinación de precio o de cualquier otro elemento del contrato por tercero, integración judicial a falta de integración por tercero; artículo 6:107, criterios objetivos de determinación del precio inexistentes, sustitución por otro equivalente; artículo 6:108, indeterminación de la calidad, calidad media. DFCR: Libro II, Capítulo 9: Contenido y efectos del contrato. Sección I: artículo 9:104, determinación del precio, conforme al precio razonable en productos o servicios en iguales circunstancias, a falta de acuerdo, usos o prácticas; artículo 9:105, determinación unilateral del precio por una de las partes, siempre que se ajuste a lo razonable; artículo 9:106, determinación por tercero, si no puede o no quiere se designará otro, cuando el

que más problemas ha generado, dado que en algunos sistemas como el nuestro, la norma impide acudir a elementos externos si no han sido expresamente previstos por las partes. La ausencia de criterios a los que acudir desemboca en la nulidad del acuerdo o en la no perfección del mismo⁹⁸. La obsolescencia de estas reglas, sin embargo, se ha puesto en evidencia debido a que el mercado ha demostrado que la indeterminación del precio no imposibilita que los contratantes hayan querido dar por concluido el acuerdo. Para paliar la dificultad que presenta aplicar el régimen del Código, los órganos jurisdiccionales han tenido que solventarlo acudiendo a otras vías que el propio Código facilita, pero fundamentalmente a la interpretación integradora, no sin mencionar, en algunos casos, como al resultado final al que se llega (la determinación del precio) está previsto en el *soft law*, como también en la PMCC⁹⁹.

Se advierte, no obstante, que no hay una plena adhesión a la fórmula que emplean los PCLE y DFCR y que, en ciertos aspectos, existe una inercia en continuar con la tradición jurídica. Sucede así en los artículos 1237.2.º y 1242.1.º de la Propuesta de Moderniza-

precio determinado por el tercero no sea razonable, será sustituido por otro razonable, siempre que las partes no hayan querido que solo la determinación del tercero seleccionado pueda integrar el precio; artículo 9:107, determinación del precio por criterios objetivos inexistentes, se suplirá por otros que existan y que sean similares. Project de Reforme du Droit des Contrats (Project Terre): Capítulo VI: Validez del contrato, Sección 3: El contenido del contrato, artículo 80, determinación de las obligaciones implícitas. Parágrafo 2, El objeto de las obligaciones contractuales, artículo 81, presentes o futuras, y bajo pena de nulidad del contrato, la prestación debe ser posible, determinada o determinable, esto último podrá deducirse del contrato; artículo 82, Fijación del precio determinable, por una de las partes, consecuencia de la determinación abusiva; artículo 83 reemplazo del índice inexistente para determinar el precio u otro elemento del contrato, por otro equivalente. Acte Uniforme Ohada sur le Droit des Contrats: Capítulo 5: Contenido del contrato y derechos de terceros. Sección 1: Contenido del contrato: artículo 5/6, determinación de la calidad de la prestación; artículo 5/7, fijación del precio. De igual forma, el Proyecto de Pavía utiliza la expresión contenido del contrato para incluir en él la determinación o determinabilidad del precio en el artículo 31.

⁹⁸ Así se sostuvo en la STS de 25 de mayo de 2006 (RJ/2006/3120), en la que habiéndose ejecutado ya parte de la prestación por el comprador de varios inmuebles al haber entregado una cantidad considerable del precio, se advierte por el Tribunal Supremo que «La jurisprudencia exige que exista precio en la compraventa, por ser elemento esencial de la relación, conforme al artículo 1445 CC, y dicho precio ha de ser determinado. La falta de certeza del precio en el contrato de compraventa, ya sea por no haberse fijado la suma dineraria en qué consistía o no haberse establecido criterios válidos que permitan su precisión, no puede ser suplida por los Tribunales, y tampoco puede dejarse su señalamiento al arbitrio de uno de los contratantes, por prohibirlo el artículo 1.449, es decir, que no cabe su fijación unilateral. El artículo 1450 establece como una de las condiciones para que la venta se entienda perfeccionada, que hubiera convenio en el precio y de esta manera acceder a su consumación mediante el otorgamiento de escritura pública. El Tribunal de Apelación se encontró ante la situación de una compraventa que no podía decretar válida y eficaz, por lo que ante el hecho probado del percibo de las cantidades por el vendedor, sin causa relevante justificada, tomó la decisión que procedía, es decir, que no concurría derecho alguno que autorizara a retenerlas».

⁹⁹ Así, por ejemplo, en la mencionada SAP de Murcia de 8 de julio de 2011 (JUR/2011/318920, Ponente, Plana Arnaldos).

ción del Código Civil de la Comisión General de Codificación en los que se señala respectivamente que «Las obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas y su alcance y cumplimiento no pueden dejarse al mero arbitrio de uno de los contratantes» y que «No impedirá la perfección de un contrato, si las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales y quieren vincularse ya, el que hayan dejado algún punto pendiente de negociaciones ulteriores». Se observa como a diferencia de los PCLE y DFCR, no se alude al «acuerdo suficiente», sino a que las obligaciones deben estar «suficientemente determinadas» y que las partes debe estar de acuerdo en sus «elementos esenciales», lo que llevaría a pensar que se sigue exigiendo como requisito para la perfección del contrato, que el objeto de la prestación (el precio) deba estar «suficientemente determinado», e impidiéndose que «su alcance quede al mero arbitrio de uno de los contratantes»¹⁰⁰.

Sin embargo, cabría otra interpretación y que en realidad, a pesar de la dicción literal de los preceptos, el artículo 1237 de la PMCC lo que recoge es la regla del artículo 1256 CC. La influencia de los PCLE, los Principios UNIDROIT y la Convención de Viena se confirma posteriormente al incluir en el Capítulo dedicado al contenido del contrato, artículos 1276 y 1277, la ausencia de determinación del precio. El artículo 1277 de la Propuesta señala al respecto que «No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado». Con ello se pone de relieve que, a pesar de lo expresado en el artículo 1237, la determinación del precio o de las bases para su fijación dejan de ser elemento esencial sobre el que se debe consentir (fase de formación y perfección del contrato), para formar parte del contenido que puede ser completado una vez consta la voluntad de los contratantes en darlo por concluido.

Más cercana a las fórmulas europeas es la Propuesta de Modificación del Código Civil (Libro Quinto, Capítulo II, De los contratos en General), llevada a cabo en el seno de la Asociación de Profesores de Derecho Civil¹⁰¹. El artículo 522-4.3 (dentro del Capítulo

¹⁰⁰ Para FERRÁNDIZ GABRIEL, cit., p. 5, la expresión empleada por la PMCC da muestra de que, a pesar de no llevar a cabo una enumeración de los elementos esenciales del contrato, y especialmente en lo que afecta al objeto del contrato, sin embargo de sus preceptos se puede deducir que éste todavía persiste como pieza fundamental y que, por ello, también son exigibles los requisitos de licitud y más expresamente de determinación o determinabilidad.

¹⁰¹ Puede consultarse en <http://www.derechocivil.net/esp/libros.php> y en Asociación de Profesores de Derecho Civil: *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*,

dedicado a la formación del contrato) establece que «Salvo voluntad contraria de alguna de las partes, la falta de determinación de algún término no impedirá la formación del contrato, siempre que sea inequívoca la voluntad de tenerlo por concluido y si los términos ya acordados permiten reclamar su cumplimiento o instar su ejecución. En particular, no será impedimento la falta de expresión del precio ni del medio para su determinación, entendiéndose implícitamente convenido el precio generalmente practicado en el sector económico al que pertenece el contrato». El precepto, sobre tener en cuenta las dos posibilidades: contrato concluido con términos abiertos y contrato en el que las partes o una de ellas manifiesta su voluntad de darlo por perfecto una vez se hayan negociado todos los términos del mismo, admite para el primer supuesto que, a pesar de los términos abiertos, es preciso que los ya acordados permitan reclamar su cumplimiento o instar su ejecución, lo que ocurrirá si no habiéndose determinado el precio o las bases para su concreción, es posible acudir a elementos externos que faciliten la fijación del mismo. La regla del precepto considera que se trata de un término implícito, esto es, querido por las partes al no prever otro distinto.

La norma se completa con lo dispuesto en el artículo 531-3 (Propuesta de la APDC) «La compraventa se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, desde que hay acuerdo definitivo en la cosa o el derecho objeto del contrato y en el precio o en su determinación, aunque ni los unos ni el otro se hayan entregado, sin perjuicio del artículo 522-4.3», El precepto transcrito (también el artículo 531-1: «se obliga a pagar por ello un precio determinado o determinable en dinero o signo que lo represente»), aun partiendo de que el contrato se perfecciona cuando exista acuerdo sobre cosa y precio o, en su caso, sobre las bases para su determinación, sin embargo y en relación con el precio, permite que la ausencia de mecanismos pactados y destinados a fijarlo no impidan su conclusión (remisión expresa al artículo 522-4.3). A su vez, estando en presencia de un contrato de compraventa en el que ni el precio ni los parámetros se hayan previsto, el pre-

Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. La elaboración de los Títulos I y II, De las obligaciones en general y De los contratos en General, respectivamente, se llevó a cabo bajo la coordinación de los Profesores ATAZ LÓPEZ, J. y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., por los Profesores, ATAZ LÓPEZ, J., GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., GARCÍA PÉREZ, C.L., ANDREU MARTÍNEZ, B., PLANA ARNALDOS, M.^oC., MACANÁS VICENTE, G., CLEMENTE MEORO, M., VERDERA, R. CORDERO LOBATO, E. y MARCO MOLINA, J. Sobre la Propuesta de la APDC, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Una propuesta de Código Civil», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 11, 2015., pp. 1 y ss.

cepto aplicable sería el del artículo 525-4 en el que se ordenan los criterios para la concreción del *quantum*¹⁰².

Por el contrario, la Ordenanza francesa n.º 2016-131, de 10 de febrero, como ya antes se advertía, continua con la tradición que marcan los artículos 1129 y 1591 del Code, ya que a pesar de introducir un Capítulo dedicado al contenido del contrato, no obstante, limita las posibilidades de indeterminación del precio y fijación posterior. Por un lado, porque el artículo 1163 ya establece la necesidad de que el objeto de la obligación sea determinado o determinable (y el precio es objeto de la prestación), por otro, porque la consideración de que el objeto es determinable, lo es con referencia a la voluntad implícita de las partes –cuando pueda deducirse del contrato–, lo que implica que, aunque no expresamente, debe contenerse en él alguna referencia que permita deducirlo. La regla se completa con la alusión a los usos o las relaciones anteriores de las partes y, en todos los casos, siempre que no sea preciso para su concreción un nuevo acuerdo. No se prevé expresamente la posibilidad de que sea el juez el que integre este aspecto (aunque, cabe entender que será probablemente éste el que finalmente decida sobre la existencia de la determinabilidad del objeto concretándolo si es posible deducirlo vía interpretación integradora¹⁰³). Los artículos 1164 y 1165 de la Ordenanza son los que establecen las pautas para la determinación del precio, pero de nuevo se aprecia que la actualización y armonización en este aspecto es restringida al recoger únicamente la fijación por una de las partes (no prevé la determinación por tercero, ni por el propio juez con carácter general¹⁰⁴) y acotándolo a concretas relaciones contractuales: contratos marco y de prestación de servicios, pero fundamentalmente porque

¹⁰² Artículo 525-4 Propuesta de la APDC: «1. Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato hubiere sido dejada a una de las partes, la declaración que ésta haga se integrará en el contrato siempre que al efectuarla se hubiera atendido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubiesen remitido o a los que resultasen del tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiesen observado tales criterios. 2. Cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se haya dejado al arbitrio de un tercero y éste no quisiera o no pudiera hacerlo, los Tribunales podrán designar otra persona que le sustituya en tal cometido, siempre que la designación inicial no haya sido determinante de la celebración del contrato en tales condiciones. Si en la determinación del tercero hubiere una significativa falta de observancia de los criterios a los que hubiera debido atenerse, se estará a lo que los Tribunales decidan. 3. Cuando el precio u otra circunstancia del contrato hayan de ser determinados por referencia a un factor que al tiempo de la celebración del contrato hubiera dejado de existir o no fuera accesible a las partes, quedará sustituido por el equivalente o subsidiariamente por el que resulte más similar con las adaptaciones necesarias en este último caso».

¹⁰³ En este sentido, CORBISIER, I.: «La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. Reflexions comparatives», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1988, p. 774

¹⁰⁴ CORBISIER, cit., p. 773, sostiene que el origen de la imposibilidad de que el juez pueda determinar el precio se encuentra en la «teoría de la autonomía de la voluntad», en virtud de la cual, «las obligaciones contractuales tiene fuerza obligatoria exclusivamente

la Ordenanza no modifica la previsión de los artículos 1591 y 1592 del Code en materia de determinación del precio en la compraventa.

IV. LOS DIVERSOS MECANISMOS DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO

Ya se ha dicho que el objetivo de la actualización y armonización del Derecho de obligaciones y contratos es adaptarlo a la realidad contractual del momento. En el concreto aspecto que se examina, es evidente la obsolescencia de alguna de las reglas que contienen los Códigos decimonónicos, fundamentalmente los Códigos Civiles español y francés, y que impiden dar por perfecto o por válido el contrato en el que no se hubiese determinado el precio o no se concretasen las pautas para su fijación. A esta razón se le suman otras: acercar los principios que fundamentan el *Civil law* y el *Common law* y dotar de seguridad jurídica las relaciones contractuales internacionales, pues de este modo los contratantes pueden tener la certeza de que las reglas aplicables a sus contratos serán muy semejantes no variando en lo sustancial.

Para ello la labor del legislador es fundamental, ya que es éste el que asume la tarea de elaborar un régimen jurídico dispositivo que aumente la eficiencia del contrato¹⁰⁵, especialmente si el contrato se debe tener por concluido existiendo una firme voluntad de las partes en este sentido y siempre que recaiga sobre un «acuerdo suficiente» aunque incompleto. La falta de una completa precisión de los diversos aspectos del contenido contractual pueden ser integrados con reglas claras y fácilmente comprensibles y aplicables.

Con ello se podría conseguir un doble objetivo: por un lado, y desde el punto de vista jurídico, permitiendo que el contrato incompleto se integre con reglas flexibles (fundamentalmente con elementos externos, como el propio mercado, precio generalmente practicado, etc.); por otro, desde la perspectiva económica, al permitir adaptar la economía del contrato a realidad del momento en que deba ejecutarse teniendo en cuenta circunstancias futuras que puedan alterar el equilibrio de intereses. Nótese, que el impacto de variables externas en el precio, desde el punto de vista económico, puede provocar cierta inestabilidad contractual¹⁰⁶, obligando a las

cuando derivan de la voluntad de las partes... de ahí que el juez que no pueda descubrir la intención de las partes, la sustituya por su propia opinión».

¹⁰⁵ GRONDONA, M.: «Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato», *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 22, 2012, pp. 135 y ss.

¹⁰⁶ FARINA, M.: «Integración del contrato incompleto en el Ordenamiento italiano», *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 29, 2015, pp. 113 y ss., siguiendo a VALENTINO, «Il contratto incompleto», *Rivista di Diritto Privato*. 2008, pp. 511 y ss.

partes a «revaluar la ventaja económica y, por tanto, los costos y beneficios en la alternativa cumplimiento-incumplimiento»¹⁰⁷.

De este modo, el contrato incompleto por falta de determinación del precio en el momento de su conclusión, puede integrarse con reglas que tengan en cuenta este aspecto económico consiguiendo, a un mismo tiempo, la eficiencia económica del acuerdo permitiendo que se adapte a otras variables (se sostiene que en el contrato con términos abiertos se asume un riesgo neutral, de manera que las circunstancias externas que puedan influir finalmente en el precio se podrían tener en cuenta, frente al contrato en el que desde el principio el precio ha quedado determinado)¹⁰⁸.

Es evidente, no obstante, que el precio es un elemento más del contrato de compraventa que debe, en principio, ser determinado por las partes (solo ellas saben y consienten lo que están dispuestas a pagar o recibir, respectivamente, por el bien), pero también lo es que aunque pudiera parecer extraño que los contratantes no hicieran referencia alguna a su cuantía o forma de concretarla, los motivos de esta probable y meditada decisión (circunstancias o variables externas y futuras que puedan incidir en él), como manifestación del principio de autonomía privada, también les lleva a querer que el precio pueda ser fijado ulteriormente conforme a las pautas que una regla heterónoma establezca¹⁰⁹.

¹⁰⁷ FARINA, cit., pp. 113 y ss. y como el autor sostiene, «de ahí que el problema desde la perspectiva económica se revierte, pues allí la ausencia de completitud del contrato tiene lugar por la falta de previsión de flexibilidad y adaptabilidad del acuerdo frente a aquellos factores que no pueden ser controlados por las partes».

¹⁰⁸ Así, GERGEN, M.P.: «The use of open terms in contract», *Columbia Law Review*, vol. 92, 1992, pp. 997 y ss. El autor defiende el uso de los términos abiertos en el contrato por los beneficios económicos que reporta, para ello utiliza diversas teorías, fundamentalmente de contenido económico, que demostrarían la eficiencia de estos términos. Sostiene que el coste de fijar el precio desde el principio, puede ser muy superior al de dejarlo abierto, pues disminuye los riesgos externos que puedan influir finalmente en el precio. De igual forma considera más ventajoso y menos costoso contratar con términos abiertos, que renegociar constantemente este concreto aspecto del contrato.

¹⁰⁹ En la STS de 13 de julio de 1984 (RJ/1984/3983), se sostuvo que «La sentencia de instancia, con referencia al contrato de compraventa de la cosecha de manzanas convenido por las partes, si bien declara que no existe en los autos prueba directa del que se conviniera verbalmente, sienta no obstante por la vía de presunciones que el precio pactado fue «el que resultara como medio de la comarca a lo largo de la campaña», por inferir de los hechos base que da por probados que lo verosímil y lógico fue que ambos litigantes, cuando concertaron la operación y visto el resultado que ya tuvieron que sufrir el año anterior en contrato similar, quisieron prevenirse del riesgo de un precio fijo y lo eliminaron pactando el precio medio, que por lo demás resultaba de los diferentes boletines de cotizaciones agrarias, por lo que, en definitiva, estimó como cierto y determinado tal precio y condenó a la hoy recurrente al pago de la parte no satisfecha y reclamada. Que la conclusión expuesta es claro que no choca con lo dispuesto en los artículos mil cuatrocientos cuarenta y siete y mil cuatrocientos cuarenta y ocho del Código civil, como pretende la sociedad compradora hoy recurrente en los dos primeros motivos de su recurso, pues en modo alguno puede decirse que el señalamiento de precio, referido al que obtenga la manzana vendida en la temporada, calculado en su media, no tiene la condición de cierto (artículo mil cuatrocientos cuarenta y cinco) y determinado (artículo mil doscientos setenta y

Y es que con frecuencia, el contrato incompleto constituye una elección negocial consciente dirigida a convenir una estabilidad del acuerdo en el tiempo que, en principio, no se podría obtener de otro modo (aunque sin renunciar a limitar el posible oportunismo de una de las partes¹¹⁰ evitando la fijación de un precio abusivo).

En los modelos de referencia, a diferencia de lo que sucede en el Código Civil, no es preciso para la perfección del contrato que las partes hayan incluido alguno de los mecanismos posibles de determinación del precio (arts. 1277 PMCC¹¹¹ y 522-4.3.º de la Propuesta APDC¹¹²). La ausencia de elección del instrumento destinado a fijarlo, se suple con normas que completan este aspecto. De igual manera, se admiten formas de concreción del precio que, o bien están prohibidas expresamente por el Código (art. 1449), o no son autorizadas por considerarse que su decisión constituye elemento esencial al tipo compraventa únicamente permitida a las partes (limitándose la determinación judicial).

Muestra de ello son los artículos 1277 de la PMCC¹¹³ y 525-4 de la Propuesta de Modificación del Código Civil (Libro Quinto,

tres), máxime cuando esa certeza y determinación no tenía necesidad de ser fijada por nuevo convenio (artículo mil doscientos setenta y tres, por disponer justamente de una referencia concreta y oficial, cual los boletines agrarios, cumpliéndose en efecto el espíritu y finalidad del artículo mil cuatrocientos cuarenta y ocho citado del Código Civil, que tiene por cierto el precio cuando se señala el que la cosa vendida tuviera en determinado día, bolsa o mercado, términos y conceptos que bien pueden hacerse extensivos, por razón de analogía (artículo cuarto, uno, Código civil), al precio medio que resulte de una campaña en la zona como referencia bien concreta».

¹¹⁰ En este sentido, FARINA, cit., pp. 113 y ss.

¹¹¹ «No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado»

¹¹² «Salvo voluntad contraria de alguna de las partes, la falta de determinación de algún término no impide la perfección del contrato, siempre que sea inequívoca la voluntad de tenerlo por celebrado, y si los términos ya acordados permiten reclamar su cumplimiento o instar su ejecución. En particular, no es impedimento la falta de expresión del precio ni del medio para su determinación, entendiéndose implícitamente convenido el precio generalmente practicado en el mercado».

¹¹³ El precepto establece que «Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato hubiese sido dejada a una de las partes, la declaración que ésta haga se integrará en el contrato siempre que, al efectuarla, se hubiera atendido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido o a los que resultaran del tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiesen observado tales criterios. 2. Cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se haya dejado al arbitrio de un tercero y éste no quisiere o no pudiese hacerlo, los Tribunales podrán designar otra persona que le sustituya en tal cometido, siempre que la designación inicial no haya sido determinante de la celebración del contrato en tales condiciones. Si en la determinación del tercero hubiera una significativa falta de observancia de los criterios a los que hubiera debido atenerse, se estará a lo que los Tribunales decidan. 3. Cuando el precio u otra circunstancia del contrato hayan de ser determinados por referencia a un factor que al tiempo de la celebración del contrato hubiere dejado de existir o no fuere accesible a las partes, quedará sustituido por el equivalente o subsidiariamente por el que resulte más similar con las adaptaciones necesarias en este último caso»

Título II) de la APDC¹¹⁴. Ambos preceptos toman como referencias los ya aludidos, PCLE, DFCR, Principios UNIDROIT y Convención de Viena de 1980¹¹⁵.

1. LA FALTA DE PACTO EN LA ELECCIÓN DEL CRITERIO QUE CUANTIFIQUE DEL PRECIO

Ya se ha dicho que no impide la perfección del contrato existiendo una voluntad firme de las partes en este sentido, el hecho de que no hayan acordado el mecanismo dirigido a cuantificar el precio. El contrato se tendrá por concluido y el precio que en ese instante es indeterminado, será fijado en fase de ejecución atendiendo a un criterio objetivo: el precio generalmente practicado en el mercado¹¹⁶. Se parte, por tanto, de contratos en los que el bien puede

¹¹⁴ Artículo 525-4 Propuesta de la APDC: «1. Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato hubiere sido dejada a una de las partes, la declaración que ésta haga se integrará en el contrato siempre que al efectuarla se hubiera atendido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubiesen remitido o a los que resultasen del tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiesen observado tales criterios. 2. Cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se haya dejado al arbitrio de un tercero y éste no quisiera o no pudiera hacerlo, los Tribunales podrán designar otra persona que le sustituya en tal cometido, siempre que la designación inicial no haya sido determinante de la celebración del contrato en tales condiciones. Si en la determinación del tercero hubiere una significativa falta de observancia de los criterios a los que hubiera debido atenerse, se estará a lo que los Tribunales decidan. 3. Cuando el precio u otra circunstancia del contrato hayan de ser determinados por referencia a un factor que al tiempo de la celebración del contrato hubiera dejado de existir o no fuera accesible a las partes, quedará sustituido por el equivalente o subsidiariamente por el que resulte más similar con las adaptaciones necesarias en este último caso».

¹¹⁵ Son, en este concreto aspecto, más flexibles que la Ordenanza Francesa de 2016. En relación con la determinación o determinabilidad del objeto del contrato, el Proyecto francés de Reforma del Derecho de contratos de julio de 2008, recogía en el párrafo 2, artículo 81 que, bajo pena de nulidad del contrato, la prestación debe ser posible, determinada o determinable. La prestación es determinada o determinable cuando se entienda que puede deducirse del contrato, y concretamente respecto del precio, el párrafo 2, artículo 82, preveía su fijación de forma semejante a como ahora establece la Ordenanza de 2016: determinación por una de las partes en los contratos marco y en los de ejecución sucesiva. Estas mismas reglas estaban en el *Avant Projet de Reforma du Droits des obligations et du Droit de la Prescription* de 2005, en cuya exposición de motivos y en relación con el objeto del contrato, se sostiene por JÉRÔME HUET y RÉMY CABRILLAC, p. 24, que la cuestión ha suscitado debates doctrinales, por ello se afirma que ha parecido juicioso mantener el principio de determinación en los mismos términos que recoge el Code, prohibiendo la determinación del precio por una sola de las partes (art. 1121-3). No obstante, como estos mismos autores sostienen, es preciso realizar alguna excepción, excepciones que viene a ser las mismas que posteriormente ha recogido la Ordenanza respecto de la posibilidad de determinación por una de las partes en los contratos marco y en contratos de distribución (solución que se inspira en las Sentencias de la Corte de Casación en asamblea plenaria de 1 de diciembre de 1995), y aunque como afirman se concede cierta libertad a las partes, lo es sin perjuicio de un eventual control judicial a posteriori con el mismo contenido que la Ordenanza (art. 1121-4).

¹¹⁶ Una muestra de que nuestros Tribunales han admitido la validez de contratos sin determinación del precio ni de la concreción de parámetros a los que acudir para fijarlo, se

evaluarse acudiendo al ámbito concreto en el que se desarrolla dicha actividad y en el que, por regla general, existen parámetros externos a la voluntad de los contratantes que permiten precisar su valor.

La alusión al precio generalmente practicado advierte, en principio, que se trata de un vendedor empresario o comerciante que contrata de forma habitual en un mismo sector y respecto de un mismo producto. Esta habitualidad permite comprobar el valor frecuente del bien, es decir, el precio que de forma reiterada el vendedor ha estado recibiendo y que, por tratarse del mismo producto, estaría dispuesto a percibir. También y con igual criterio, permitiría que el comprador pudiese conocerlo con anterioridad a la perfección del contrato, de forma que la ausencia de determinación del precio no es obstáculo para la conclusión del acuerdo, pues se trata de un precio conocido o que puede conocer con una mínima diligencia (sucede así, por ejemplo, en la venta de productos agrícolas).

La regla, además, permite la fijación del precio acomodándolo a posibles fluctuaciones que puedan tener lugar en el concreto mercado en el que se desenvuelve el acuerdo. Fluctuaciones que suelen obedecer a factores externos a la voluntad de las partes y que asignan el exacto valor del producto dentro del mercado contribuyendo a equilibrar las prestaciones de ambas partes.

La norma es una aplicación concreta de lo que se prevé en el artículo 525-1 de la Propuesta de la APDC (que concuerda con lo dispuesto en el artículo 1258 CC), ya que el contrato obliga no

encuentra en la SAP de Barcelona de 27 de noviembre de 2003 (JUR/2004/5530), en la que se utiliza como principio inspirador (además del propio Código de Comercio), el artículo 55 de la Convención de Viena de 1980. En la Sentencia se declara que «no es rara la circunstancia de que no se determine precio. De hecho, nuestro viejo código de comercio ya disponía, en artículo 277 y en relación al contrato de comisión mercantil que, faltando pacto expresivo de la cuota de la comisión, se fijará conforme al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliere la comisión; y en el moderno y universal contrato de compraventa comercial, recogido en el Convenio de Naciones Unidas de 1980, que constituye nuestro derecho de compraventa internacional mercantil, se aplica igual principio, al disponer en su artículo 55 que cuando ni expresa ni tácitamente se ha señalado el precio, se considerará salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato. Aunque estas normas no son directamente aplicables al caso enjuiciado, sí los son los principios en que se fundan y puesto que no se había prefijado un precio en el contrato enjuiciado, el demandado podía lícitamente esperar, cuando se concertó el servicio y se envió la expedición, que el precio de esta operación de alquiler de esquís fuera el normal.. sino también que fuera el precio normal que aplica el propio demandante en estas situaciones, según se desprende de las tarjetas de su establecimiento aportadas a los autos y expresivas de precios similares a los indicados. En tales circunstancias, la aplicación de unas tarifas, prescindiendo incluso de la aparatosa diferencia de un día al otro, es una arbitrariedad que no debe aceptarse por contraria a la buena fe requerida, con carácter general por el artículo 7 del código civil y, particularmente en el mundo del comercio y precisamente por su particular forma de contratar, por el artículo 57 del código de comercio».

solo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso y a la Ley. Las obligaciones implícitas, aun no previstas por las partes, conforman el contenido contractual, de forma que el «uso» (al que se refiere el artículo 1258 CC) que se identifica con «el modo normal de proceder en el mundo de los negocios», comprendería el precio generalmente practicado. Se alude con él a la práctica habitual generalizada, es decir, «a la práctica social que, por eso, no necesita ser asumida expresamente ni declarada por los contratantes, y que tiene, sin duda un valor integrador, pues los contratantes quedan sometidos a los usos existentes, aunque no haya una expresa disposición contractual en ese sentido»¹¹⁷.

La regla, pensada para un sector más o menos especializado, puede servir también como modelo para aquellos otros contratos entre particulares en los que tampoco el precio se haya determinado en el momento de concluir el contrato. Aunque más excepcionales, la hipótesis puede presentarse y es especialmente complicada cuando las prestaciones hayan comenzado a ejecutarse, pues cabe entender que las partes no han llevado a cabo el esfuerzo de contratar y de comenzar a cumplir con las obligaciones asumidas, si no es porque efectivamente quisieron dar por concluido el acuerdo. Sobre esta idea, resulta más eficiente dar por válido el contrato e integrar el precio que declarar su inexistencia (por falta de perfección) o la nulidad (por ausencia de determinación) y con restitución recíproca de las prestaciones. Todo ello cuando efectivamente el bien tiene un precio de mercado, que aunque no es el generalmente practicado por el vendedor por no ser un profesional del sector, constituye sin embargo, el valor que acostumbradamente suele tener en el mercado¹¹⁸.

2. DETERMINACIÓN DEL PRECIO POR UNA DE LAS PARTES DEL CONTRATO

Esta posibilidad, prohibida por el artículo 1449 CC, constituye sin embargo en prácticamente todos los nuevos modelos uno de los mecanismos destinados a la determinación final del precio una vez se ha perfeccionado el contrato.

¹¹⁷ ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 1254 C», cit., p. 457.

¹¹⁸ Esta regla es aplicable generalmente a bienes fungibles, al existir otros iguales, o al menos de muy parecidas características.

Frente a la idea clásica de que la determinación unilateral del precio va en contra del artículo 1256 CC¹¹⁹ (al dejar al arbitrio de una de las partes la concreción de un elemento esencial del contrato y, por tanto, su validez, constituyendo aun mismo tiempo, una norma protectora de una de las partes en cuanto a la posible arbitrariedad y abuso en su fijación¹²⁰), la determinación unilateral una vez concluido el contrato (que generalmente lleva a cabo el propio vendedor), se muestra como un mecanismo idóneo que permite tener cuenta todas las posibles variables y costos que puedan afectar al valor real del bien. Es cierto también que esta posibilidad queda limitada, pues la intervención de la parte en la determinación del precio se debe ajustar a una serie de parámetros objetivos que impiden su arbitrariedad¹²¹.

No obstante, para limitar el alcance del artículo 1449 CC también se ha interpretado que la prohibición que recoge el precepto va destinada a evitar que unilateralmente se pueda variar el precio de la compraventa, pero no tanto a prohibir que una de las partes se reserve la fijación en el momento de la venta, pues en tal caso el contrato será válido¹²². Sin embargo, este punto es matizable, ya que si la variación posterior del precio se lleva a cabo por el vendedor rebajándolo, es probable que esa variación

¹¹⁹ Así lo declaró la SAP de las Islas Baleares de 26 de mayo de 2003 (JUR/2003/274519).

¹²⁰ Para GHESTIN, J. et BILLIAU, M.: *Le prix dans les contrats de longue durée*. 1990, p. 11, «la necesidad estructural de un precio determinado se deduce de la utilidad social del contrato, la protección de una de las partes contra la arbitrariedad de la otra, libre de fijar unilateralmente el precio, se deduce del principio de justicia contractual». En el mismo sentido, RODRÍGUEZ LLAMAS, S.: «Comentario al artículo 1449 CC», *Código Civil comentado*, Dir., Cañizares, De Pablo, Orduña y Valpuesta, vol. IV, Civitas Thomson- Reuters, Navarra, 2011, p. 39.

¹²¹ En la STS de 1 de junio de 1992 (RJ/1992/4980) se declaró al respecto que «se acusa infracción del artículo 1449 del Código Civil alegándose que el precio fijado en los contratos de compraventa celebrados entre los recurrentes y Villa Rosa SA se dejó al arbitrio de esta sociedad vendedora, por lo que se sostiene que lo procedente es «declarar nulas las cláusulas relativas al precio y los documentos reguladores del módulo, fijándose como precio definitivo de estas compraventas el figurado numéricamente en las estipulaciones terceras de cada uno de los contratos». Sucede al respecto que este planteamiento, que es el de la demanda, no es aceptable porque, si se estima que el señalamiento del precio se dejó al arbitrio de la vendedora, la consecuencia habría de ser la nulidad de los contratos, mas no la pretendida, que implica la fragmentación de lo pactado en la estipulación tercera de los contratos, admitiendo como precio las cantidades básicas que constan en el mismo con referencia a los módulos oficiales -y, por tanto, conocidos, aunque no se expresen numéricamente- pero inaplicando la revisión igualmente prevista. Por otra parte, ha de negarse que la determinación del precio -ni su revisión- se dejara al arbitrio de la vendedora, pues lo cierto es que se señaló con una referencia objetiva a un módulo oficial y a su actualización, lo cual no infringe el artículo 1449 por cuanto aquél no depende, obviamente, de la voluntad de los contratantes».

¹²² RODRÍGUEZ LLAMAS, cit., p. 40. En igual sentido, PACHECO JIMÉNEZ, N.: «Precio determinable por el vendedor», *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. Carrasco Perera, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra, t. II. 2013, p. 891.

posterior no sea contraria al artículo 1449 CC, como tampoco si la revisión es al alza y la decisión ha correspondido al comprador. La prohibición del artículo 1449 CC descansa en la arbitrariedad *posterior a la perfección del contrato que beneficia a la parte encargada de su fijación o variación*¹²³, pero no cuando la modificación posterior otorga una ventaja a la parte que no se hallaba facultada para ello.

De igual modo, aunque la autonomía de la voluntad permita con base en el artículo 1255 CC la inclusión de cuantas cláusulas estimen convenientes, el límite de la norma imperativa que contiene este mismo precepto en relación con el 1256 CC, haría inviable una estipulación que dejase en manos de una de las partes la fijación *ulterior* del precio a su mero arbitrio (sin sujeción alguna a criterios objetivos) aun cuando hubiese sido aceptada por la otra¹²⁴. Esto es en definitiva lo que sanciona el artículo 1449 CC y de forma categórica al ordenar que «el señalamiento del precio no podrá *nunca* dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

Insisto en la idea de concreción ulterior a la perfección del contrato, pues es la prohibición que encierra el artículo 1449 CC¹²⁵, no a cuando habiéndose determinado el precio por una u otra parte (y que como antes señalé, suele ser el vendedor al considerar que es el que estaría dispuesto a recibir atendiendo al valor del bien o bienes), el precio fijado *ex ante* a la conclusión del contrato es aceptado por la otra. Esto es lo que recoge tanto el artículo 1262 como

¹²³ Así, la SAP de Zamora de 20 de marzo de 2007 (AC/2007/1306), en la que una vez perfecto el contrato y estipulado el precio, el vendedor pretende modificarlo al alza. También la SAP de Murcia de 16 de junio de 2006 (JUR. 2006/226026), impidiendo que el precio sea el fijado, en este caso, por el comprador.

¹²⁴ Como advierte ATAZ LÓPEZ, J.: «Comentario al artículo 1449 CC», *Comentarios al Código Civil*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, t. VII, 2013, p. 10216, «si con posterioridad al pacto y en cumplimiento del mismo, la parte a la que éste confería tal facultad propone un precio concreto y la otra lo acepta, habrá un acuerdo de voluntades y el contrato será perfecto. Pero habrá que considerar que el momento de perfección fue, no el inicial, sino el de la aceptación del precio que se proponía».

¹²⁵ Como sostuvo la SAP de Ciudad Real de 17 de enero de 2002 (JUR/2002/72272): «Centrada la discusión sobre el precio de esos artículos, no puede admitirse que aunque estemos en un sistema de libre mercado el mismo pueda ser fijado unilateralmente por el vendedor después de adquirida la mercancía por el comprador, se infringiría la norma del artículo 1449 del Código Civil de que el precio no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes, además de eliminar la buena fe y el justo equilibrio en las contraprestaciones. Así pues, si no consta conformidad del comprador con el precio, bien porque ha aceptado un presupuesto o admitido de alguna forma los precios de venta fijados por el comprador, la determinación de ese precio debe hacerse según los precios medios de mercado, salvo que el vendedor acredite que el precio que fija para la mercancía es el ordinario en su establecimiento, no alejándose significativamente de ese precio medio».

el 1445 CC¹²⁶ y resulta ser el mecanismo habitual en los establecimientos comerciales¹²⁷.

Las ventas con precio de vendedor serían admisibles en la medida en que, aun no constando, se conoce con anterioridad cuál es el precio habitual empleado por aquél¹²⁸ o, en su caso, los criterios que suele emplear para su determinación aunque tampoco vengan expresamente identificados en el acuerdo¹²⁹ (con referencia, generalmente, al precio que el bien tenga en un determinado día en un mercado concreto, práctica habitual, por ejemplo, en la venta de productos agrícolas)¹³⁰. Sin embargo, iría contra lo dispuesto en el

¹²⁶ GARCÍA PÉREZ, C. L.: «Arbitrador, árbitro o dictaminador en el artículo 1447 CC», *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. Carrasco Perera, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra, t. II. 2013, p. 901, nota 1. Esto es lo que también viene a decir MANRESA, J. M.: «Comentario al artículo 1449 CC», *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1950, t. X, p. 76, cuando advierte que «si señalado el precio arbitrariamente por una sola de las partes, por haberse reservado esta facultad, la otra lo acepta y éste se conforma, entonces estamos fuera de lo que la Ley prohíbe, y existiendo verdadero consentimiento acerca del precio, y suponiendo que también lo haya respecto de la cosa, tendremos una verdadera compra y venta».

¹²⁷ En el mismo sentido, ATAZ LÓPEZ, J.: «Comentario al artículo 1449 CC», *Comentarios al Código Civil*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, t. VII. 2013, p. 10214.

¹²⁸ SAP de Alicante de 23 de noviembre de 2000 (JUR/2001/77439). En sentido contrario, esta misma Audiencia en Sentencia de 1 de octubre de 2002 (JUR/2003/8928), al advertir que aunque el juzgado de Primera Instancia había entendido que la divergencia en cuanto al precio se podía resolver atendiendo al precio practicado por el vendedor, la Audiencia considera que «el artículo 1449 CC lo prohíbe, por lo que viene a desautorizar la apreciación del juzgador».

¹²⁹ Resolviendo sobre la indeterminación del precio en un contrato de compraventa mercantil (contrato de suministro), la SAP de Madrid de 12 de abril de 2013 (JUR/2013/191339) sostuvo que «De aquí que tenga poco sentido anular un contrato por indeterminación del precio cuando resulta, de un lado, que el precio del producto suministrado, por la propia naturaleza del contrato, no puede ser el mismo durante toda su vigencia, y, de otro, que la determinación del precio se ha producido, por definición, al emitir sus facturas la abastecedora sin objeción de la compradora».

¹³⁰ Así, por ejemplo, la SAP de Ávila de 6 de abril de 2001 (JUR/2001/180308) al advertir que «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que no puede confundirse la falta absoluta de fijación de precio cierto, y su libre determinación por la libre decisión de una de las partes contratantes, que no autoriza el artículo 1449 CC, con la posibilidad de que el mismo pueda determinarse con posterioridad, pudiéndose determinar el precio durante el desarrollo de la relación contractual (SSTS de 12 de Febrero de 1992, 15 de Noviembre de 1993 y 19 de Junio de 1995). Lo cierto es que pericialmente se ha determinado el precio del kg de maíz picado en origen, y no se ha determinado el precio del transporte, cuando éste pudo y debió especificarse aportando los transportistas las facturas de cada uno de los portes. Por ello, admitiendo el demandado que el precio del maíz picado, incluido transporte, fue pactado a 4 ptas. kg, se considera ajustada a derecho la decisión del Juzgador de instancia, pues el artículo 1447 en relación al artículo 1445, ambos del Código Civil, establecen que para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada. Es claro que si el demandante propuso la prueba pericial como medio de determinar el precio cierto, ahora no puede invocar que ese precio no es el convenido». Cuando en los contratos de compraventa mercantiles o de suministro, el precio es controvertido, suele atenderse al valor probatorio de albaranes o facturas firmadas, de modo que es una prueba evidente de que el precio aceptado es el que figura en los mismos. Así, por ejemplo, SAP de Cáceres de 14 de julio de 2011 (JUR/2011/308831) al declarar que «la discrepancia entre las partes contendientes en este Juicio estriba en la determinación del

artículo 1449 CC, si el precio finalmente fijado no se corresponde con el que habitualmente venía utilizando el vendedor (y es mayor al que coincidiese con el usual), o los criterios que emplea para su determinación se apartan de los acostumbrados o corrientes en el concreto mercado¹³¹.

En cuanto a las consecuencias por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 1449 CC, se entiende, bien que la cláusula que atribuye la determinación unilateral se debe tener por no puesta y el contrato no se habría perfeccionado¹³², o bien que la contravención del precepto da lugar a la nulidad del contrato así celebrado¹³³.

Sin embargo ya hemos señalado que los modelos de referencia admiten la fijación unilateral del precio una vez concluido el con-

precio del litro de leche de oveja, objeto del contrato de suministro que fue concertado verbalmente entre las entidades actora y demandada. En este sentido, la inexistencia de contrato escrito impide y dificulta sobremanera conocer, de manera fidedigna y auténtica, las reales, concretas y verdaderas estipulaciones del acuerdo, fundamentalmente cuando, en caso de abiertas discrepancias, las propias estipulaciones son objeto de discusión por las partes. No cabe duda de que, si el precio por litro de leche de oveja suministrado se fijó bajo los términos contractuales que sostiene la parte actora, la reclamación articulada en la Demanda es correcta, siendo lo cierto, sin embargo, que la parte demandada, con el máximo rigor, no ha demostrado lo contrario; y hasta el extremo ello es así (como factor determinante de esta consecuencia) que la parte demandada ha venido abonando todas las facturas giradas desde el día 12 de mayo de 2008 hasta el día 29 de septiembre del mismo año (en total seis facturas correspondientes a veintiún suministros de leche de oveja), dejando impagadas, exclusivamente la dos últimas que han sido objeto de reclamación en la Demanda origen de este Proceso; e incluso la parte demandada ha pretendido, ahora, resarcirse de importes que afirma abonados de más de facturas ya satisfechas en su totalidad, que no sólo no han sido objeto de este Juicio, sino que ni siquiera fueron objeto de reclamación en su momento, en una conducta que este Tribunal estima contraria a los actos propios». En igual sentido, las SAP de Zaragoza de 7 de marzo de 2007 (JUR/2007249211), Palencia de de 22 de abril de 2005 (JUR/2005/122321) y Murcia de 11 de noviembre de 2010 (JUR/2010/41871), entre otras. Por el contrario, en las SAP de Albacete de 18 de mayo de 1998 (AC/1998/5249), Salamanca de 18 de septiembre de 2003 (JUR/2003/236232) y Murcia de 8 de julio de 2011 (JUR/2011/318920), ni las facturas ni los albaranes son acreditativos del precio pactado.

¹³¹ En igual sentido, ATAZ LÓPEZ, cit., p. 10217.

¹³² ATAZ LÓPEZ, cit., p. 10216. La SAP de Ourense de 8 de marzo de 2013 (JUR/2013/125619) declaró al respecto que «En tales circunstancias, falta la prueba del precio pactado que no puede dejarse a la mera determinación del demandado. Ni es susceptible de determinación judicial, por referencia a cualquier otro criterio, como lo es, la clase de vehículo... la determinación de sus características y consiguiente precio, quedaría al arbitrio del demandado, lo mismo que la fijación del precio del vehículo usado, de no mediar un acuerdo complementario entre las partes. Y de existir tal acuerdo, según la jurisprudencia precedentemente citada, quedaría desnaturalizada la existencia y perfeccionamiento del contrato de compraventa, cuya existencia pretende el demandado para justificar la retención del vehículo cuya recuperación pretende el actor. Los hechos acreditados, son también compatibles con actos preparatorios del contrato o preliminares tendentes a configurar y predeterminar los elementos esenciales del futuro contrato, pero que no consta probado fuese perfecto, definido y plenamente aceptado». En el mismo sentido, la, SAP de Salamanca de 12 de julio de 2005 (JUR/2005/205215) y Barcelona de 24 de noviembre de 2003 (JUR/2004/5420). También lo sostuvo así la STS de 20 de julio de 1994 (RJ/1994/6511).

¹³³ PACHECO JIMÉNEZ, cit., p. 890 y GHESTIN et BILLIAU, cit., pp.37 y ss.

trato (arts. 1277 de la PMCC¹³⁴ y 525-4 de la Propuesta de Modificación del Código Civil de la APDC)¹³⁵, aunque aquel al que se le atribuya no pueda determinarlo sin sujeción a parámetros externos o heterónomos. La referencia a criterios implícitos a los que las partes se hubieran remitido, alude de nuevo a baremos que permiten una fijación objetiva y neutral que atiende a los intereses de ambas partes, de modo que el facultado para concretarlo, no sólo asume el deber de conducta de determinarlo, sino que además queda sujeto a la aplicación de aquellas pautas que, externas a su voluntad, permitan su precisión.

Los criterios objetivos son ya conocidos (y alguno de ellos hace referencia el artículo 1448 CC): el precio de mercado o el precio generalmente practicado (en las Propuestas mencionadas se recoge también como el precio resultante de aplicar los usos) y constituyen una regla a seguir por el contratante que haya asumido su determinación. A ello se añade que este deber de conducta aceptado en la celebración del contrato, debe acomodarse a la buena fe objetiva como criterio de valoración del comportamiento socialmente admitido como correcto, no lesionando el interés de la otra parte conscientemente al quedarse en los límites de la tutela del interés propio¹³⁶.

Fuera de estas pautas implícitas o expresamente convenidas, el precio fijado unilateralmente, siendo abusivo, podrá ser revisado por los Tribunales aplicando correctamente las pautas idóneas a la naturaleza y objeto del contrato. La intervención del juez no se limita, por tanto, a declarar la incorrecta determinación del precio, sino que va más allá permitiéndole la integración del precio conforme a los criterios que la propia norma impone.

A ello se añade que en los artículos 1277.3.º PMCC y 525-4.3 de la Propuesta de la APDC¹³⁷ se prevé el supuesto de que los parámetros objetivos y externos no puedan aplicarse por dos circunstancias, que ya no exista o que no pueda ser conocido por las par-

¹³⁴ «Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato hubiese sido dejada a una de las partes, la declaración que ésta haga se integrará en el contrato siempre que, al efectuarla, se hubiera atendido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido o a los que resultaran del tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiesen observado tales criterios».

¹³⁵ «Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato hubiere sido dejada a una de las partes, la declaración que ésta haga se integrará en el contrato siempre que al efectuarla se hubiera atendido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubiesen remitido o a los que resultasen del tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiesen observado tales criterios».

¹³⁶ En este sentido, ROCA GUILLAMÓN, cit., p. 456.

¹³⁷ «Cuando el precio u otra circunstancia del contrato hayan de ser determinados por referencia a un factor que al tiempo de la celebración del contrato hubiere dejado de existir o no fuere accesible a las partes, quedará sustituido por el equivalente o subsidiariamente por el que resulte más similar con las adaptaciones necesarias en este último caso.»

tes, permitiéndose la sustitución por otro semejante que facilite la concreción del precio. En definitiva, al partir de la voluntad de las partes en que el contrato les vincule, la norma establece mecanismos sustitutorios que posibiliten la ejecución de la prestación.

3. DETERMINACIÓN POR TERCERO

La posibilidad de que un tercero (arbitrador¹³⁸) sea el encargado de la determinación del precio y que prevé el artículo 1447 CC, se encuentra también recogido en los artículos 1277.2.º de la PMCC¹³⁹ y 525-4 de la Propuesta de Código Civil (Libro Quinto, Título II) de la APDC¹⁴⁰. Al margen de cuestiones tales como el procedimiento y momento de la designación, condiciones que debe reunir el tercero¹⁴¹, naturaleza del encargo¹⁴² y concreta función

¹³⁸ El encargo conferido al tercero se limita a fijar el precio, esto es, a determinar la prestación que corresponde al comprador, que no es otra que la entrega del precio y no referida a toda la prestación, sino sólo respecto de su cuantía. Esta misión la aleja de otras figuras y, especialmente, de la del árbitro. La actividad del tercero arbitrador se limita a «completar o integrar una relación jurídica aun no definida totalmente» (art. 2 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953) y por ello no es arbitraje al no encomendársele resolver litis de pretensión discutida. Por tratarse de encargos de naturaleza diferente, lo son también sus efectos, acciones y causas de impugnación. Así, entre otras, SSTS de 10 de marzo de 1986 (RJ/1986/1168), 30 de noviembre de 2010 (RJ/2011/1162) y 2 de noviembre de 2012 (RJ/2012/10422). Sobre esta distinción, puede consultarse, DIEZ PICAZO, L.: *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, p. 59 y ss. y «La distinción entre árbitros y arbitradores y el artículo 1.690 CC», *ADC*, 1974, pp. 447 y ss. GARCÍA PÉREZ, C.L.: *El arbitraje testamentario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 51 y ss. Suele ser común también identificar al arbitrador con el perito, pero a diferencia de lo que sucede con el árbitro, el perito no constituye una institución jurídica, DIEZ PICAZO, cit., p. 90. La pericia es una cualidad de la persona, condición que puede o no reunir el arbitrador.

¹³⁹ El precepto establece que «2. Cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se haya dejado al arbitrio de un tercero y éste no quisiera o no pudiere hacerlo, los Tribunales podrán designar otra persona que le sustituya en tal cometido, siempre que la designación inicial no haya sido determinante de la celebración del contrato en tales condiciones. Si en la determinación del tercero hubiera una significativa falta de observancia de los criterios a los que hubiera debido atenerse, se estará a lo que los Tribunales decidan.»

¹⁴⁰ Artículo 525-4 Propuesta de la APDC: «2. Cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se haya dejado al arbitrio de un tercero y éste no quisiera o no pudiera hacerlo, los Tribunales podrán designar otra persona que le sustituya en tal cometido, siempre que la designación inicial no haya sido determinante de la celebración del contrato en tales condiciones. Si en la determinación del tercero hubiere una significativa falta de observancia de los criterios a los que hubiera debido atenerse, se estará a lo que los Tribunales decidan.»

¹⁴¹ SSTS de 15 de marzo de 1988 (RJ/1988/1968), 28 de marzo de 1981 (RJ/1981\1135) y SAP de Salamanca 22 de enero de 2003 (JUR/2003/109365).

¹⁴² La aceptación del tercero arbitrador hace surgir en éste la obligación de realizar el encargo encomendado y las partes, a su vez, tienen derecho a exigirlo. No cabe duda por tanto, que surge un vínculo contractual y que por ello se exige al tercero capacidad general para contratar. Tradicionalmente se ha venido considerando que se estaba en presencia de un contrato de mandato, en virtud del cual las partes en el contrato de compraventa (mandantes) encargan al arbitrador (mandatario) la emisión de una declaración de voluntad diri-

que asume¹⁴³, de los preceptos citados se deduce la necesidad de que las partes estén de acuerdo en que sea este mecanismo concreto el empleado para la determinación del precio (cláusula de arbitrio de tercero que descartaría la determinación de parte).

No se prescinden, sin embargo, de los restantes criterios. El tercero deberá fijar el precio acudiendo a parámetros objetivos que evalúen de forma correcta el bien (precios de mercado, índices, bolsa, etc.), sujeción que parece se encuentra en el Código¹⁴⁴, pero que se explicita en las propuestas mencionadas («Si en la determinación del tercero hubiera una significativa falta de observancia de los criterios a los que hubiera debido atenerse, se estará a lo que los Tribunales decidan»). La intervención de los Tribunales no se reduce, por tanto, a cuando no se observan los criterios previamente fijados por las partes, sino que, aun no habiéndose dado instrucciones al arbitrador sobre las concretas pautas que debe seguir, el tercero queda sujeto a la aplicación de patrones objetivos que, no

gida a completar el contrato de compraventa, así ROCA JUAN, J.: «Determinación indirecta de la prestación en la relación obligatoria», *Publicaciones de la Universidad de Murcia*. 1952, p. 25, entre los mandantes el mandato es irrevocable. En igual sentido, ATAZ LÓPEZ, cit., p. 10206. Pero se ha advertido que la esencia del encargo conferido en el mandato y la función que asume el arbitrador son diferentes, no tanto por la definición que da el artículo 1709 CC vaga e imprecisa, ni por la gratuidad o no de los servicios encomendados, posibilidad de designar sustitutos, etc., sino por la verdadera realidad del contrato, dirigido, precisamente, a la gestión de negocios, DíEZ PICAZO, cit., pp. 257 y 258. De este modo, también los contratos de arrendamiento de servicios o de obra pueden considerarse tipos contractuales que se acomodan a la actividad que realiza el arbitrador, el cual se limita a fijar o concretar la prestación a la que viene obligado el comprador, emitiendo para ello un juicio, una declaración de ciencia que encaja en la previsión del artículo 1544 CC. Podría no obstante objetarse que en este tipo contractual siempre es necesaria la existencia de retribución, mientras que el mandato es esencialmente gratuito, pero que la actuación del tercero sea o no retribuida es indiferente a los efectos del artículo 1447 CC y de la verdadera función asumida. En este sentido, GARCÍA PÉREZ, C.L.: «Árbitro, arbitrador o dictaminador en el artículo 1447 CC», *Tratado de la compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, t. II, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra. 2013, pp. 901 y ss. De lo que no cabe duda es que comprador y vendedor actúan conjuntamente como partes en este contrato frente al tercero y que el desistimiento de aquellos implica «la concurrencia de las mismas voluntades que intervinieron en la conclusión de la cláusula de arbitrio», pero debiendo indemnizar al tercero de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudieran obtener (arg. artículo 1594 CC).

¹⁴³ Sobre estas cuestiones puede consultarse, GARCÍA PÉREZ, «Árbitro, arbitrador...», cit., pp. 901 y ss.

¹⁴⁴ El artículo 1447 CC no recoge las formas a las que debe ajustarse el arbitrador a la hora de determinar la cuantía del precio. Se suele distinguir entre *arbitrium merum* y *arbitrium boni viri*. En el primer supuesto, se advierte que el tercero no tiene límites para concretarlo, basta su mero arbitrio independientemente de que se ajuste al valor más o menos exacto de la cosa, así, DíEZ PICAZO, *El arbitrio...*, cit., p. 138. GARCÍA CANTERO, G.: «Comentario al artículo 1.447 CC», *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1980, p. 48. ATAZ LÓPEZ, cit., p. 10207. Cuando las partes facultan al tercero para decidir de este modo (hipótesis bastante improbable), se introduce en la compraventa cierta dosis de aleatoriedad, GARCÍA CANTERO, cit., p. 49. CARRASCO PERERA, A.: *Tratado de contratos*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Pamplona. 2010, p. 270. FAJARDO FERNÁNDEZ, cit., p. 352. En cualquier caso, para un amplio sector de la doctrina, es cuestionable que el tercero pueda actuar sin sujeción alguna a parámetros que permitan verificar que el precio es equilibrado. Así, ROCA JUAN, cit., p. 29 y DíEZ PICAZO, cit., pp. 141 y 142.

siendo observados, facultan al Tribunal a actuar en el sentido que estime conveniente¹⁴⁵. Como se ha venido interpretando el artículo 1447 CC y como se deduce de las propuestas a las que aludimos, se parte de una actuación responsable y diligente del tercero, lo que implica una doble posibilidad: por un lado, que el arbitrador venga obligado a utilizar el criterio o criterios facilitados por las partes; por otro, con una mayor libertad si no se han precisado por los contratantes, pudiendo elegir de entre las varias posibles que proporcionen un precio ajustado al valor real del bien. Son igualmente objetivos, los que derivan de sus conocimientos específicos respecto del bien objeto del contrato¹⁴⁶. En este último caso en el arbitrador coincide además la cualidad perito, experto en el bien que debe valorar para fijar la cuantía del precio, y esta cualidad es la que le permite aplicar sus conocimientos a la hora de cuantificarlo. Nada impide, por tanto, que todos estos criterios se sumen a la hora de determinar el precio.

También, a diferencia de lo que se deduce del artículo 1447 CC: es necesario para que el contrato se tenga por perfecto que habiéndose acordado la determinación por tercero se concrete la persona encargada de llevarlo a cabo¹⁴⁷, la ausencia de identificación del tercero no impide la conclusión del contrato y las partes podrán designarlo en un momento posterior o, a falta de acuerdo en el nombramiento, podrá el juez seleccionarlo. Tampoco es precisa la aceptación del designado para la validez del contrato cuyo precio debe fijar¹⁴⁸.

¹⁴⁵ STS de 2 de noviembre de 2012 (RJ/2012/10422), en la que se sostiene que «el arbitrador no tiene libertad para fijar el valor que considere procedente a su libre albedrío y con independencia de que sea razonable o no, ya que la Ley no tolera la transformación del arbitrio en arbitrariedad y la exigencia de que fije «un valor real» excluye el «merum arbitrium» e impone el deber de actuar de acuerdo con las reglas del arte exigibles en el desempeño del encargo, queda sujeto a observar un criterio objetivamente adecuado al criterio normal dentro del sector de la comunidad en que se realiza la determinación».

¹⁴⁶ STS de 10 de marzo de 1986 (RJ/1986/1168).

¹⁴⁷ Pues si se difiere a un momento posterior, en principio, falta el requisito que exige el artículo 1447 CC, no hay una persona determinada que cumpla con la función de cuantificarlo y, en consecuencia, el contrato no se habrá perfeccionado. En este sentido, GARCÍA CANTERO, cit., pp. 47. O como advierte el artículo 1273 CC no existirá el contrato, pues será preciso un nuevo acuerdo, ATAZ LÓPEZ, cit., p. 10.205. Salvo que se entienda que para este supuesto es aplicable el artículo 708 LEC, dado que en virtud de esta cláusula de arbitrio las partes quedan obligadas a la designación del tercero.

¹⁴⁸ El artículo 1447 CC parece no exigir para la plena validez y eficacia del contrato de compraventa la aceptación del tercero, pero hemos de admitir que la presupone. El arbitrador designado no podrá fijarlo si efectivamente no llega a aceptar el encargo, lo que determinará la ineficacia del contrato de compraventa tal y como ordena el artículo 1447.2.º CC. Otra cuestión es si con arreglo a lo ordenado en el artículo 1447 CC el contrato de compraventa es o no eficaz una vez el arbitrador ha aceptado pero estando pendiente la cuantificación del precio. Para un sector de la doctrina el contrato de compraventa no se perfecciona hasta tanto el arbitrador cumple con su misión, de manera que si no lo hace porque no puede o no quiere, el contrato es ineficaz por faltarle un elemento esencial. En este sentido, ROCA JUAN, cit., p. 25 al considerar que se trata de «un negocio incompleto,

Lo que no recoge el artículo 1447 CC, pero sí establecen las propuestas de la PMCC y de la APDC, es la intervención del juez cuando el elegido por las partes no lleve a cabo el encargo asumido (por incumplirlo o porque no pueda realizarlo) o lo ejecute de forma incorrecta. En el primer caso, autorizándole a que pueda designar otra persona que lo sustituya, siempre que el tercero inicialmente designado no fuese condición esencial para la determinación del precio. En el segundo, dotándole de un amplio margen de discrecionalidad («se estará a lo que los Tribunales decidan»).

Si no es cuestionable que el artículo 1447 en relación con el 1449 CC impediría el nombramiento por una de ellas¹⁴⁹, esta

hasta que el tercero, mediante su manifestación de voluntad, agregue al negocio el elemento ausente, con lo que habrá nacido un negocio puro» y HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, t. III, Espasa Calpe, Madrid, 1988, p. 60. En el mismo sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.: «Comentario al artículo 1447 CC», *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 891. Para otros autores, por el contrario, el contrato de compraventa es perfecto, aunque sus efectos quedan en suspenso hasta que el tercero fija la cuantía del precio. Constituiría pues, una condición suspensiva (potestativa) siguiendo la estructura tradicional de Justiniano, e incumplida, provocaría la falta de efectos jurídicos del contrato perfecto, así BADENES GASSET, R.: *El contrato de compraventa*, t. I, Bosch, Barcelona. 3.ª edic., 1995, p. 243. Sin embargo, tal y como se recoge en los artículos 1447 y 1273 CC, se trata de un contrato perfecto, pues subsiste la determinabilidad aun cuando el tercero no haya procedido todavía a la determinación del precio. Tratándose entonces de un contrato perfecto, surgen las obligaciones para las partes (el vendedor está obligado a la conservación de la cosa e incumpliría si la vendiese a un tercero) aunque la ejecución de las principales pueda aplazarse hasta el momento en que el arbitrador fije la cuantía del precio. En este sentido, GARCÍA PÉREZ, cit., p. 909, GARCÍA VICENTE, J.R.: «Comentario al artículo 1273 CC», *Comentarios al Código Civil*, t. VII, Dir. BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9.141. En la STS de 21 de marzo de 1989 (RJ/1989/2189) se declaró que «quedan inmutables las afirmaciones fácticas de la sentencia de instancia en orden a la existencia en el contrato de compraventa de un precio cierto que, aunque no determinado, era susceptible de serlo por el procedimiento objetivo establecido en el clausulado del contrato, así como al incumplimiento por el recurrente de su obligación de facilitar al auditor todos los documentos obrantes en su poder lo que hizo imposible llegar a la determinación del precio según las bases establecidas contractualmente, por lo que resulta incuestionable que, contrariamente a lo afirmado en el motivo, la sentencia combatida no ha infringido el artículo 1447 párrafo segundo del Código Civil, ya que la indeterminación del precio es sólo imputable, como dice la Sala a quo a la conducta de la propia actora, quien, contraviniendo el tenor del artículo 1258 del Código Civil, se desvió de la necesaria observancia de la lealtad y buena fe que debe presidir tanto el otorgamiento como la ejecución de los contratos, siendo así que, como establece el artículo 1256 de nuestro Primer Código Sustantivo, la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes; todo lo cual provoca el rechazo de este segundo motivo del recurso». En el mismo sentido, la STS de 15 de marzo de 1988 (RJ/1988/1968).

¹⁴⁹ En el supuesto resuelto por la STS de 13 de mayo de 2005 (RJ/2005/3997), se designó a un organismo para que determinase el precio de la venta de una finca. El organismo no aceptó el encargo, procediendo el comprador a designar un perito de manera unilateral, lo que según el TS no es válido y no perfecciona el contrato de compraventa. No obstante, en el caso, al realizarse peticiones subsidiarias en cuanto a la determinación del precio, y habiéndose procedido en parte a ejecutar las prestaciones, se fija por el Tribunal de instancia por medio de dictamen pericial. Sin embargo, en la SAP de Zamora de 11 de febrero de 1999 (AC/1999/111), a pesar de que las partes no habían previsto esta forma de cuantificar el precio, consideró aplicable el artículo 1447 CC procediendo el Tribunal a nombrar un tercero conforme a los preceptos del la LEC para designación de peritos y que sería encargado de fijarlo. La razón para proceder de este modo se hallaba en que el precio

posibilidad parece que no se cierra una vez que en los nuevos modelos se permite la determinación unilateral del precio. A ello se añadiría la eventual revisión del precio abusivo fijado por el designado.

En principio, y salvo otra previsión de las partes,¹⁵⁰ este concreto acuerdo les obliga a asumir la determinación del tercero¹⁵¹, siempre que el precio se ajuste a los parámetros antes mencionados. Una vez cuantificado¹⁵², el precio determinado permite exigir el cumplimiento de las prestaciones a las que alude el artículo 1445 CC, tal y como se deriva del artículo 1466 CC. Que el precio así fijado les obliga, es consecuencia de la inicial perfección del contrato al incluir esta forma de determinación del precio y que deriva, asimismo, del ejercicio de la autonomía privada¹⁵³.

Pero si el precio no se ajusta a los criterios que razonablemente debía aplicar y que constituyen la base de la actuación del arbitrador, puede ser impugnado o, más exactamente, será revisable la motivación de su juicio al no adaptarse a unas pautas objetivas¹⁵⁴. La revisión permite al Tribunal un amplio margen de discrecionalidad. «Estar a lo que el Tribunal decida», le facultaría para designar un nuevo tercero que lo cuantifique correctamente¹⁵⁵, o a aplicar directamente las pautas para su concreción y corregir el precio inicialmente fijado¹⁵⁶. Esta previsión constituiría una novedad respecto del contenido del artículo 1447

fue determinado por el vendedor con posterioridad a la perfección y ejecución del contrato pues se había entregado parte de la mercancía. Es de opinión contraria, la STS de 13 de mayo de 2005 (RJ/2005/3997), afirmándose que «esta Sala no puede imponer de oficio la aplicación del artículo 1447 CC, dada que su materia no es de orden público».

¹⁵⁰ La no obligatoriedad sólo devendría para el caso de que las partes hubieran hecho expresa reserva de que prestarían su consentimiento al contrato de compraventa con posterioridad a la fijación del precio por el tercero, que es lo que viene a decir el artículo 1273 CC al ser preciso un nuevo acuerdo. En este caso, si el precio así cuantificado no responde a las expectativas que cada una de ellas se hubieran hecho respecto del mismo, al no haberse perfeccionado la venta, no surge la obligación de aceptarlo.

¹⁵¹ DIEZ PICAZO, cit., p. 285, 286 y 321, y «el precio así fijado vale como precio querido por las partes». También, CARRASCO, cit., p. 259.

¹⁵² En cuanto al momento al que deba referirse la determinación, es evidentemente que en primer lugar habrá que estar al que las partes hayan fijado, pero a falta de previsión específica, se plantea la duda de si la valoración debe referirse al momento de perfección del contrato o al que el arbitrador deba pronunciarse. La cuestión es importante, porque habiendo transcurrido un plazo extenso de tiempo entre la perfección del contrato y la decisión, la fijación de la cuantía del precio puede variar. Como regla general, se afirma que la valoración del arbitrador debe ir referida al momento en que adopta la decisión, de esta manera se podrán tener en cuenta todas las circunstancias que pueden acompañar al señalamiento del precio. Así, DIEZ PICAZO, cit., p. 322.

¹⁵³ STS de 10 de marzo de 1986 (RJ/1986/1168).

¹⁵⁴ DIEZ PICAZO, cit., p. 135. Así se declaró, entre otras, en la STS de 10 de marzo de 1986 (RJ/1986/1168).

¹⁵⁵ Como de hecho sucedió en la SAP de Madrid, de 19 de septiembre de 2003 (JUR/2003/257899).

¹⁵⁶ Es lo que se hizo en la STS de 2 de noviembre de 2012, (RJ/2012/10422).

CC¹⁵⁷, en el que nada se explicita en relación con el precio incorrectamente cuantificado¹⁵⁸ (y de ahí que en algún caso se haya optado por declarar que el precio no es vinculante¹⁵⁹), pero no respecto de nuestro Derecho histórico, pues ya Las Partidas (Ley 9.^a, Título 5.º, Partida 5) ante la manifiesta inequidad del precio ordenaba que fuese «*enderezado según albedrío de omes buenos*», evitando, de este modo, la ruptura del equilibrio de las prestaciones propio de la compraventa.

Sin embargo, aun cuando el artículo 1447 CC no recoja la revisión del precio, los órganos jurisdiccionales, decidiendo su improcedencia, tienden por lo general a rectificarlo cuando además de prever esta cláusula en el contrato, existen claras bases objetivas para cuantificarlo¹⁶⁰. De hecho, se ha afirmado que la acción que

¹⁵⁷ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios*, p. 361, negaba la posibilidad de impugnar la fijación del precio por el tercero, pues entendía que el Código había suprimido la justicia del precio y la rescisión por lesión, lo que según él justificaba que si el precio determinado por el tercero no se ajustaba al verdadero valor del bien provocando un perjuicio económico a una u otra parte, aquellas premisas impedían al perjudicado impugnarlo. De igual parecer, MUCIUS SCAEVOLA, Q.: *Código Civil concordado y comentado*, Madrid, 1906, p. 287.

¹⁵⁸ No obstante, parte de la doctrina había considerado la posibilidad de impugnarlo. Las vías por las que la parte afectada por la incorrección del precio fijado podría subsanar los daños provocados por la determinación del tercero podrían ser dos: a) la prevista en el artículo 1.690 CC aplicable analógicamente, o b) si se considera que el artículo 1690 CC no es aplicable por analogía al supuesto que recoge el artículo 1447 CC, siendo el precio inatacable pero existiendo un incumplimiento del arbitrador, la parte perjudicada podría reclamar por el cauce del artículo 1101 CC el daño que la incorrecta cuantificación le haya causado y que en este caso podría cifrarse en la diferencia entre el precio resultado de aplicar los criterios obviados y el fijado por el tercero. En este sentido, GARCÍA PÉREZ, «Árbitro, arbitrador..», cit., p. 907. Según FAJARDO FERNÁNDEZ, cit., p. 571, la negligencia del arbitrador impide a la parte perjudicada impugnar el precio, pero sí puede reclamar responsabilidad a éste. Lo admite también la STS de 2 de noviembre de 2012 (RJ/2012/10422).

¹⁵⁹ En la SAP de Barcelona de 8 de enero de 2009 (JUR/2009/174902) se sostuvo que «debe insistirse en todo caso en que no es esto lo que se pedía al arbitrador o perito, del que se esperaba una valoración de acuerdo con la metodología generalmente observada para alcanzar o estimar el valor real de las participaciones sociales. Ello se lograría sin duda con aplicación de alguno de los métodos valorativos que expone este dictamen que contempla el método de valoración por neto patrimonial y el método de capitalización de beneficios mantenibles. Pero ninguno de ellos es aplicado por el Sr. Gerardo, que elude el encargo acudiendo al criterio del valor nominal, ciertamente arbitrario.. Con todo, por los motivos expuestos, no puede reconocerse la vinculación de la vendedora al precio fijado por el tercero, cuyo criterio no resulta eficaz a los efectos del artículo 1447 CC, por no haber cumplido en su determinación las instrucciones recibidas».

¹⁶⁰ En la STS de 2 de noviembre de 2012 (RJ/2012/10422) se declaró que «tratándose de la intervención de arbitradores.., nuestro artículo 1.447 del Código Civil establece que cuando se deja el señalamiento del precio al arbitrio de persona determinada si ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato, lo que interpreta El Corte Inglés en el sentido de que, en caso de desacuerdo con el "valor razonable" fijado por el auditor, la parte disconforme alternativamente sólo puede impugnar la validez del contrato en su conjunto o no. En definitiva, sostiene que los tribunales nada más pueden confirmar la corrección del mismo o anular el contrato, pero no sustituirlo por otro. Máxime cuando la norma exige que se determine por «un auditor». La expresada interpretación no puede ser acogida por las siguientes razones: El Código Civil declara la ineficacia del contrato en los supuestos en los que la fijación del precio se atribuye a "persona determinada", no en aquellos en los que las partes no han determinado intuitu personae la concreta persona que

recoge el artículo 1690 CC (que es a la que se acude por identidad de razón¹⁶¹), parece no tener por objetivo anular la decisión mal adoptada, sino revisarla de forma parecida a como sucede en los recursos de reforma o revisión, pues se trata de impugnar una decisión con defectuosa motivación, razón por la que «el juez tendrá que corregir la decisión inicua sustituyéndola por una justa»¹⁶².

4. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL

Ya se ha tenido ocasión de comprobar cómo a pesar de la ausencia en el Código de una expresa atribución a los órganos jurisdiccionales de la facultad de fijar y revisar el precio, no obstante, nuestros Tribunales en los últimos años han venido aplicando fórmulas destinadas a conservar el contrato integrando o corrigiendo el precio. Se advierte que en el Derecho contemporáneo de contratos existe una idea directriz que tiende a evitar la desaparición de un contrato comercialmente viable por falta de precio¹⁶³. Esta idea ha sido recogida en otros ordenamientos y sin que ello haya supuesto un obstáculo para afirmar que el contrato de compraventa existe y es obligatorio. Para ello es necesario que existan unos parámetros objetivos que permitan ser utilizados siempre que la voluntad de

debe fijarlo y en modo alguno excluye la determinación por los tribunales...». En el mismo sentido, la STS de 30 de noviembre de 2010 (RJ/2011/1162) y la SAP de Barcelona de 30 de noviembre de 1998 (AC/1998/2352). En otras ocasiones, son las partes las que facultan al juez para esta labor, así, en las SSTs de 24 de junio de 2003 (RJ/2003/4258), 25 de mayo de 2006 (RJ/2006/3120) y 14 de diciembre de 2006 (RJ/2006/9601).

¹⁶¹ Se argumenta que el artículo 1690 CC contiene una previsión para un supuesto semejante (en el que un tercero, también arbitrador, se encarga de establecer la parte que a cada socio corresponde en las ganancias y las pérdidas) y conforme a él podrá impugnarse la decisión cuando «evidentemente haya faltado a la equidad» en el plazo de tres meses a contar desde que la determinación del precio fue conocida. Del precepto parece deducirse que faltar a la equidad lo constituye no aplicar las bases para la determinación del precio y que son las expresamente dadas por las partes, las objetivas usuales en la cuantificación del mismo, o las que naturalmente derivarían de los conocimientos específicos del arbitrador (aunque no se hayan expresado, pero que vienen implícitas en su nombramiento), pues son las que razonablemente permitirían un resultado (la determinación del precio) querido por comprador y vendedor. Siendo esto así, es este incumplimiento el que permite impugnar la determinación del tercero y, no por tanto, la justicia o injusticia del precio. En este sentido, las SSTs de STS de 10 de marzo de 1986 (RJ/1986/1168), 1 de septiembre de 2006 (RJ/2006/6065), 9 de marzo de 2010 (RJ/2010/2395), 22 de marzo de 2010 (RJ/2010/3915) y 2 de noviembre de 2012 (RJ/2012/10422).

¹⁶² PAZ AREZ, C.: «Comentario al artículo 1.690 CC», *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1.442. Es posible también que la impugnación venga por otras vías: por no acomodarse a los términos de su nombramiento (por ejemplo, las partes imponen a los arbitadores la fijación de forma unánime y ésta no se consigue, se recoge un término esencial para la determinación del precio que es incumplido, etc.), o la de la acción de anulabilidad, al haber decidido el tercero con dolo, error, violencia o intimidación, ROCA JUAN, cit., p. 29, GARCÍA CANTERO, cit., p. 49 y ATAZ LÓPEZ, cit., p. 10.208.

¹⁶³ TALLON, D.: *La détermination du prix dans les contrats*, Paris. 2008. p. 109.

las partes no sea contraria. Además de los tradicionales, precio según mercado, precio usual, etc., otra vía de fijación del precio es permitir que, una vez los previstos por las partes han fallado, sea el juez el que proceda a su determinación¹⁶⁴.

Ningún precepto del Código Civil ni de la Ley de Enjuiciamiento Civil permiten expresamente al juez fijar el precio en la compraventa (sí lo hace para otros elementos del contrato, por ejemplo, el tiempo en los artículos 1118 y 1128 CC), como tampoco, en principio, que sean las propias partes las que puedan remitirlo a decisión judicial. Y aunque cupiese entender que el artículo 1447 CC no excluye al juez, no obstante, suele interpretarse que el tercero al que se refiere debe ser distinto de este¹⁶⁵. El motivo puede hallarse en que cuando la norma considera que es el órgano jurisdiccional el que debe fijar los términos de un contrato que han quedado incompletos, lo recoge de forma expresa (los ya vistos artículos 1118 y 1128 CC). Pero que no haya una norma que faculte directamente al juez para llevar a cabo esta labor, no significa que en determinados casos sea precisa su intervención decidiendo sobre el *quantum* del precio¹⁶⁶. Cuando el Código establece como criterio objetivo de determinación del precio hacerlo con referencia «a otra cosa cierta»¹⁶⁷, podría entenderse en un doble sentido: que

¹⁶⁴ Lo recoge expresamente el párrafo 319 del BGB al establecer que si el tercero debe determinar la prestación de acuerdo con criterios equitativos, la determinación realizada no es vinculante para las partes contratantes si es notoriamente inequitativa, en este caso, la determinación resulta de sentencia; lo mismo rige si el tercero no puede o no quiere realizar la determinación o la retrasa. También el artículo 1.349 del Codice Civile italiano prevé que en caso de que se trate de un arbitrio de equidad, si el tercero no lleva a cabo la determinación o es manifiestamente inícuo o errónea, la determinación será hecha por el juez. Más concretamente para el precio en la compraventa, el artículo 1473 del Codice establece también la posibilidad de el precio sea fijado por el Juez cuando no se haya convenido ni el precio ni las formas o medios de cuantificarlo. En el mismo sentido, el artículo 400 del Código Civil portugués cuando permite que la determinación de la prestación pueda ser hecha por una de las partes o por un tercero, pero siempre conforme a juicio de equidad, si no se hubiesen estipulado otros criterios. Para el caso de que la determinación no pudiese realizarse o se hiciese fuera del tiempo debido, será hecha por el Tribunal.

¹⁶⁵ En el mismo sentido, FAJARDO, cit., p. 365.

¹⁶⁶ De hecho, para otros supuestos en los que es necesario determinar finalmente el precio ajustado a la realidad de la cosa vendida, es el órgano jurisdiccional el encargado de precisarlo, sucede así cuando se ejercita la acción *quanti minoris* y a pesar de que el artículo 1486.1.º CC establece que la fijación del precio final en virtud de la rebaja deba realizarse a juicio de peritos. Para este supuesto puede consultarse, GARCÍA PÉREZ, C.: «Comentario al artículo 1486 CC», *Comentarios al Código Civil*, DIR. BÉRCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, t. VIII, Tirant Lo Blanch, Valencia. 2013, p. 10.566. FERRANTE, A.: *La reducción del precio en la compraventa*, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra. 2013, pp. 175 a 178.

¹⁶⁷ Se suele citar como antecedente de esta pauta para fijar el precio, la Ley 10, del título V, de la Partida 5.ª, en la que la referencia a cosa cierta se realiza a «tantos dineros cuantos el comprador tuviese en alguna arca, saco o maleta u otra cosa cualquiera, valdrá la vendida si fueren fallados algunos dineros, cuantos quiera que sean, Moguer non oviesses tantos quantos podría, o valdría aquella cosa», así, Badenes Gasset, R.: *El contrato de compraventa*, t. I, Bosch, Barcelona. 1995, pp. 235 y 236, también en «Los requisitos del precio en la compraventa», cit., pp. 641 y 642, si bien parece más un supuesto de compra-

se trata de una cosa distinta a la que es objeto de la prestación del vendedor, pero que es igual o muy similar; o que «la cosa cierta» puede serlo el propio bien objeto de la venta, de forma que para cuando el bien resulte ser de los que habitualmente existen en el tráfico y sin necesidad de fijar otros parámetros (arts. 1447 y 1448 CC), el precio es determinable por la sola referencia al bien objeto del contrato y siempre que además existan medidas objetivas y externas para valorarlo. Sobre esta idea sería entonces innecesario recoger de forma expresa alguno de los criterios que manejan los artículos 1447 y 1448 CC, sirviendo también de base para una posible fijación judicial¹⁶⁸.

Si se considera que el criterio de referencia puede hallarse en la misma cosa objeto de la compraventa y la esencialidad no reside en la cuantía del precio, se deshace un primer obstáculo para poder atribuir al juez la facultad de integración del precio conforme a este otro planteamiento. Pero lo habitual ha sido negar que el juez pueda asumir esta concreta facultad¹⁶⁹, aun cuando de facto se haya llevado a cabo¹⁷⁰.

Los modelos de referencia, sin embargo, dotan de facultades al juez para poder intervenir en un contrato viable integrando este aspecto. Por un lado, cuando existe un precio de mercado o precio generalmente practicado, siendo él mismo el que proceda a su determinación; por otro, cuando habiéndose acordado que sea un tercero el encargado, éste no cumpla porque no quiere, no puede o no se atiene a las bases para la determinación. En tal caso, y siempre que la designación del arbitrador no haya sido condición esencial para la fijación del precio, el juez podrá designar otro que lleve a cabo la integración. Si la cuantía del precio no se corresponde con los criterios a los que hubiera debido sujetarse, el Tribunal podrá optar entre designar un arbitrador distinto al inicialmente acordado o aplicar él directamente las pautas objetivas destinadas a su concreción.

venta aleatoria, como afirma, ROGEL VIDE, C.: *El precio en la compraventa y su determinación*, Reus, Madrid, 2013, p. 52.

¹⁶⁸ Así parece lo sostuvo la STS de 18 de octubre de 1978.

¹⁶⁹ Niega que el juez pueda determinar el precio, BADENES GASSET, R.: «Los requisitos del precio en la compraventa», *RJC*. 1966, p. 654, DÍEZ PICAZO, cit., p. 261.

¹⁷⁰ Algunas resoluciones judiciales interpretan que no hay impedimento a que esta labor pueda ser realizada por el juzgador si expresamente se ha solicitado, SSTS de 14 de diciembre de 2006 (RJ/2006/9601) y de 19 de mayo de 2010 (RJ/2010/3706), SAP de Barcelona de 30 de noviembre de 1998 (AC/1998/2352), e incluso se ha llegado a alterar esta idea afirmándose que pueden los tribunales fijarlo, salvo que expresamente se prohíba, STS de 2 de noviembre de 2012 (RJ/2012/10422). Para FAJARDO, cit., p. 365, «el precio remitido contractualmente al que fije el juez es un auténtico arbitrio de tercero, con la única peculiaridad de que ese tercero es el juez y su arbitración se desarrollará en el ejercicio de su función jurisdiccional», el autor afirma también que aunque no duda de su validez, le parece «poco operativo».

Nótese que esta solución no se encuentra expresamente recogida en nuestro ordenamiento, pero una vez se impone la corriente que admite la existencia de un contrato de compraventa sin precio y sin bases para su determinación, parece entonces necesario plantearse qué sucede con este tipo de acuerdos en nuestro sistema. Para ello se debe partir de que asumida esta función por el juez, constituiría una mera facultad de integración del *quantum* del precio, no por tanto, de suplir la voluntad de las partes en la formación del contrato decidiendo sobre elementos esenciales del mismo. Esta función, que ya hemos dicho no le está expresamente atribuida, se justificará de distinta forma dependiendo del supuesto concreto¹⁷¹, pero como fórmula general, el artículo 708 LEC permitiría al Juez la determinación del precio si es que se considera que no se trata de un elemento esencial.

Si la esencialidad del precio reside en su existencia y no en el *quantum*, este aspecto no esencial autorizaría al juez a concretarlo con base en el párrafo 2.º del artículo 708 LEC «en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea *usual en el mercado* o en el tráfico jurídico». En este caso, los criterios objetivos pueden ser obtenidos de una voluntad presunta de las partes, aun cuando éstas no hayan hecho mención alguna a ellos, ni tan siquiera a parámetros estándar de equidad (precio justo o precio equitativo), pero consta no obstante la voluntad de quedar obligados. El juez podría entonces acudir al artículo 1258 CC y sobre la base del 1289 CC fijar el precio. Como para otro tipo de cláusulas contractuales no previstas por las partes, podría entenderse que las pautas que marcan los artículos 1447 y 1448 CC no constituyen elemento esencial del contrato, motivo por el que cual el juez podría deducir su aplicación vía interpretación o integración de la voluntad de los contratantes (SAP de Zamora de 11 de febrero de 1999, AC/1999/111).

¹⁷¹ Si el contrato de compraventa incluye bases objetivas para la determinación del precio, pero no se especifica a quien corresponde aplicarlas, puede el juez, vía interpretación integradora, determinarlo, SSTS de 29 de octubre de 1981 (RJ/1981/4003) y de 30 de noviembre de 2010 (RJ/2011/1162); SAP de Murcia de 11 de abril de 2002 (JUR/2002/154357). Si no constan las bases para su determinación «*expressis verbis*» en el acuerdo (LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 2.º. 2.ª edic., Dykinson, Madrid, 2002, p.17, «es conocido por las partes y se tiene por tal, aun no indicado «*expressis verbis*» en ese instante»), los criterios pueden ser deducidos de la voluntad de las partes (precio de mercado, precio equitativo, precio justo o precio adecuado al valor del bien), de manera que el bien objeto de la compraventa constituya la medida valorativa implícita en el acuerdo aun cuando en algún caso sea preciso acudir a elementos externos para su determinación, lo que permitiría al juez integrarlo, bien aplicando él mismo las bases objetivas, bien acudiendo al dictamen pericial, STS de 8 de noviembre de 1996 (RJ/1996/8145); SAP de Madrid de 19 de septiembre de 2003 (JUR/2003/257899); de Ávila de 6 de abril de 2001 (JUR/2001/180308).

Se trataría, por lo demás, de una solución de cierre a falta de otros criterios y subordinada a que no exista una voluntad expresa de las partes en contrario¹⁷². Remedio que a la vista del sistema vigente permitiría resolver aquellos supuestos en los que el contrato de compraventa ha comenzado a cumplirse, especialmente cuando es el vendedor el que ha ejecutado la prestación y ante su pretensión de pago del precio, el comprador alega la nulidad del contrato por falta de elemento esencial¹⁷³. En este caso, el comportamiento del comprador es contrario a la buena fe, pues asiste inerte a la satisfacción de su derecho y, sin embargo, posteriormente alega la nulidad del contrato por indeterminación del precio¹⁷⁴. Supondría, de igual forma, ir contra sus propios actos, pues su conducta, al admitir la entrega de la cosa, confirma la realidad del contrato (su perfección) y la existencia de precio o, en su caso, de las bases conforme a las cuales se podría determinar y que se pueden dar por supuestas en el acuerdo a pesar de no constar de forma expresa. Como se ha dicho «si se va a pedir del juzgador que haga un esfuerzo de integración para fijar el precio de un contrato por vía de restitución derivada de nulidad, el mismo esfuerzo, la misma violencia, y más sentido tiene conferirle esa misma autoridad para fijar ese mismo precio por vía de heterointegración de un contrato con precio a determinar»¹⁷⁵.

Apreciándose estas circunstancias y existiendo controversia en el precio a pagar, la solución más correcta es, por tanto, la de que el

¹⁷² Dependería, igualmente, de la naturaleza del bien objeto de la venta: si el bien no es singular o único y por sus características puede encontrarse igual o similar en el mercado, la posibilidad de oscilación del precio es mínima, de ahí que las partes puedan conocerlo de forma aproximada, aun cuando en el momento de perfeccionar el contrato no sepan exactamente cuál es el *quantum* concreto, motivo por el que acudir a parámetros estándar o, incluso a la aplicación de los mismos vía determinación judicial no debe suponer un impedimento. Por el contrario, si el bien es tan especial y único que el precio puede oscilar ostensiblemente dependiendo además de otras circunstancias (fines especulativos, precios opacos o de posibles compradores extravagantes o maniáticos) esta posibilidad parece menos adecuada. En igual sentido, FAJARDO FERNÁNDEZ, cit., p. 625.

¹⁷³ STS de 25 de mayo de 2006 (RJ/2006/3120), al obligar a restituir a los vendedores el precio entregado por el comprador, que exigía el otorgamiento de escritura pública de compraventa e indemnización por daños al incumplir los vendedores su obligación de entrega, por ser controvertido el precio de la venta. El Tribunal Supremo optó por darlo por indeterminado y declaró la nulidad del contrato. También, por declarar la inexistencia del acuerdo como afirma la STS de 14 de abril de 2000 (RJ/2000/2153).

¹⁷⁴ ALPA, G.: «Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede», *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Nápoles. 1982, p. 116. En este sentido, la STS de 15 de noviembre de 1993 (RJ/1993/9097).

¹⁷⁵ CARRASCO PERERA, cit., p. 246, afirma también que «cuando la nulidad del contrato remite a un procedimiento de liquidación en el que se reproduce el mismo problema que fue reputado como causa de nulidad, entonces la solución de la nulidad es improcedente... La solución del artículo 1547 CC es paradójica, no ahorra los costes de la intervención judicial ni el riesgo del error de juicio del juzgador, y acaba impidiendo el normal desenvolvimiento de una relación contractual». En muchos casos, no se trata de una responsabilidad por uso, en este sentido, FAJARDO, cit., p. 305.

juez asuma la función de fijación del precio acudiendo a criterios subjetivos (a través del dictamen de peritos) u objetivos (aquellos que se entienden implícitos en el acuerdo aunque no se hayan expresado y que forman parte usualmente en el tráfico comercial concreto del bien)¹⁷⁶. En este último caso, la determinación del precio viene por la vía de integración judicial, o si se quiere, de integración posterior a la interpretación del contrato (arts. 1281 y ss. y 1258 CC). Esta solución parece la única correcta cuando además resulta imposible la restitución.¹⁷⁷

De lo dicho podría deducirse que, aunque formalmente no existe ningún precepto que atribuya al juez de forma directa la facultad de determinar el precio en la compraventa, sin embargo, indirectamente es posible a través de las facultades de interpretación e integración del contrato¹⁷⁸ (arts. 1281 y ss. y 1258 CC, preceptos cuyos destinatarios son los órganos jurisdiccionales¹⁷⁹), teniendo en cuenta que completar lo olvidado o deliberadamente dejado sin prever sólo afecta a la determinabilidad, al *quantum* del precio, permitiéndosele además que acuda a medios externos de heterointegración del contrato que, en definitiva, pueden hallarse implícitos en el acuerdo¹⁸⁰. Encontraría también un argumento suficiente en

¹⁷⁶ SAP de Murcia de 14 de enero de 2010 (JUR/2010/106822), en la que el Juez de primera instancia fija el precio controvertido ante la entrega de una partida de limones y que es confirmado por la sentencia de la Audiencia.

¹⁷⁷ STS de 15 de diciembre de 1994 (RJ/1994/10113); SAP de Murcia de 14 de enero de 2010 (JUR/2010/106822); SAP de Zamora de 11 de febrero de 1999 (AC/1999/111),p

¹⁷⁸ En este sentido, FAJARDO, cit., p. 306 y 602 a 608, citando la STS de 17 de abril de 1995.

¹⁷⁹ Como afirma CARRASCO, cit., p. 478 el artículo 1258 CC «es una norma que atribuye al operador jurídico competente una habilitación legal para integrar los contratos de Derecho privado. Como ocurre también con el artículo 708 LEC, el precepto habilita al operador competente (juez) para completar el contenido del contrato pactado por las partes, sin que ello comporte una lesión de la autonomía privada ni incurra en exceso de jurisdicción».

¹⁸⁰ FAJARDO, cit., pp. 309 y 603, emplea el término «determinabilidad tácita» y afirma que el juez al determinar el precio no hace más que descubrir el precio implícito con los medios interpretativos ordinarios, citando las SSTS de 30 de junio de 1972 y 23 de noviembre de 1976. En la STS de 12 de marzo de 1997 (RJ/1997/2488), después de interpretar una cláusula del contrato en relación con el pronto pago del precio, el TS llegó a la conclusión de que se trataba de una cláusula ilógica, pues aplicándola se llegaba a un precio absurdo, motivo por el que declara que «al no ser posible hallar la voluntad común de los contratantes sobre tal punto, debe aplicarse el artículo 1.289 CC y estimarse que lo más acorde con la regla de reciprocidad de intereses es fijar el precio de acuerdo con las pautas del dictamen pericial...Que esta fijación del precio no supone incongruencia alguna, pues el comprador solicitó con carácter subsidiario que se declarase su obligación de pago del que se fijase en ejecución de sentencia, lo que implica darle facultad al juzgador para aquella fijación sin sujeción a ningún límite, y la reiterada doctrina de esta Sala autoriza a realizarlo dentro del fallo cuando consten en autos elementos probatorios que permitan efectuarlo». También, en la STS de 15 de noviembre de 1980 (RJ/1980/4138), se sostiene que «la sentencia de instancia estima existente un contrato de compraventa válido y eficaz (de tapones de plástico), es decir, con sus requisitos de consentimiento, objeto y causa y la determinación de uno de esos elementos, el objeto, y más en concreto al de su contrapres-

el artículo 708 LEC¹⁸¹. Si la integración del contrato supone la reconstrucción de éste utilizando fuentes externas a la voluntad de los contratantes y que el artículo 1258 CC enumera (además como norma imperativa), la Ley entendida como norma dispositiva permitiría aplicar los parámetros objetivos que de manera ejemplificativa enumeran los artículos 1447 y 1448 CC, pero también los usos que, para este supuesto concreto, pueden derivarse de lo que viene a constituir práctica habitual en el ámbito comercial de que se trate en relación con la fijación del precio¹⁸², y desde luego, la buena fe contractual en sentido objetivo, que como declaró la STS de 6 de marzo de 1999 (RJ/1999/1854) «consiste en dar al contrato debida efectividad para que se realice el fin propuesto, lo que exige comportamientos justos, adecuados y reales»¹⁸³.

Este es, en definitiva, el esquema que se prevé en los diferentes modelos de referencia aludidos, permitiéndose al juez interpretar e integrar el acuerdo con pautas que, aunque ahora se recogen expresamente en los preceptos citados, no obstante, a parecida solución se llega aplicando los artículos 708 LEC y 1258, 1287 y 1289 CC, labor interpretativa e integradora del juez que se reduce, como hemos venido diciendo, al *quantum* del precio, es decir, a su determinabilidad, lo que no constituye elemento esencial del acuerdo¹⁸⁴.

tación, el precio, el cual como no puede dejarse su señalamiento al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1449 CC), es al juez al que corresponde, suscitada contienda al respecto, su determinación cuantitativa, en tanto en cuanto que, como en términos generales establece el artículo 1.273 CC, la indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, que es lo que la sala de instancia hace al obtener esa cuantificación de las pruebas obrantes en la causa». En el mismo sentido, las SSAP de Ciudad Real de 17 de enero de 2002 (JUR/2002/72272) y Zamora de 2 de junio de 2005 (JUR/2005/154980).

¹⁸¹ CARRASCO, cit., p. 249.

¹⁸² CARRASCO, cit., p. 520, afirma que «la jurisprudencia no ha dudado en confiar en el uso integrador la función de colmar lagunas de regulación de elementos esenciales del contrato, como el precio», citando las SSTS de 19 de enero de 2005 (RJ/2005/518) y 16 de febrero de 2007 (RJ/2007/688).

¹⁸³ En este sentido, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: «Comentario al artículo 1258 CC», *Comentarios al Código Civil*, Dir. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Navarra. 2001, pp. 1.462 y 1.463. ROCA GUILLAMÓN, J.: «Comentario al artículo 1258 CC», cit., pp. 424 y ss.

¹⁸⁴ Como afirma CARRASCO, cit., pp. 469 y 470, el artículo 1289 CC sirve para finalmente fijar la cuantía del precio cuando existen dudas sobre el mismo y que aplica la SAP de Toledo de 3 de noviembre de 2000 (JUR/2001/60411). Este mismo argumento es el que se ha empleado entre la doctrina y la jurisprudencia francesa al tener un sistema similar al nuestro, intentando atenuar el rigor que la aplicación de dicho esquema provocaría en algunos contratos de compraventa y en los que sin embargo consta claramente la voluntad de obligarse, así, GHESTIN, J. y BILLIAU, M.: *Le prix dans les contrats de longue durée*, París. 1990, p. 14, al afirmar que a pesar de la necesidad estructural de un precio determinado, «el precio puede determinarse por la interpretación de la voluntad de las partes completada por la referencia a los usos». También se ha llegado a plantear la necesidad de acomodar su sistema al que comienza a imponerse, de ahí que se afirme que se tendrá por determinable el precio cuando pueda existir una determinación tácita o implícita de las partes, en este último caso cuando existen referencias implícitas, precios referidos a catálogos, tarifas, baremos, etc. Por ello en ocasiones, el juez puede entrar a determinar el precio de la venta, cuando existan elementos que no dependan de la voluntad de una de las

El juez entraría a decidir sobre la determinación del precio con un poder moderador que parece ser una de las señas de identidad del Derecho contemporáneo de contratos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, G.: «Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede», *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Nápoles. 1982.
- AMATO, P.: «U.N. Convention on contracts for the international Sale of Goods. The Open Price Term and Uniform Application: An early interpretation by the Hungarian Courts», *Journal of Law and Commerce*, 1-29, 1993.
- ANTUNES VARELA, J.: *Das obrigações em geral*, vol. 1, Coimbra. 2000.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2016.
- ATAZ LÓPEZ, J.: «Comentario al artículo 1254 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART, Edersa, Madrid, t. XVII; vol. 1-A. 1993.
- «Comentario al artículo 1449 CC», *Comentarios al Código Civil*, Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, t. VII. 2013.
- AYNÈS, M.L.: «Les spécificités françaises. La question de la détermination du prix», *Le contrat cadre de distribution*, CREDA, <http://www.creda.ccip.fr>.
- BADENES GASSET, R.: «Los requisitos del precio en la compraventa», *RJC*. 1966. — *El contrato de compraventa*, t. I, Bosch, Barcelona. 3.^a edic., 1995.
- BEATSON, J., BURROWS, A., CARTWRIGHT, J.: *Anson's Law of contract*, Oxford. 2010.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 8 de la LCGC», *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra. 2000.
- BIANCA, M.: *Diritto Civile, IL contratto*, t. III. 2000.
- BLANDINO GARRIDO, M.^a A.: «Contenido y efectos del contrato», *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Atelier, Barcelona. 2015.
- BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P. y VAQUER ALOY, A.: en *Teoría General del Contrato. Propuesta de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La reforma del Derecho de los contratos en Francia», *Anuario de Derecho Civil*. 2012.
- CARRASCO PERERA, A.: «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Coord. DELGADO ECHEVERRÍA, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra. 2007.
- *Tratado de contratos*, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra. 2010.
- CATAUDELLA, A.: *Sul contenuto del contratto*. 1974.
- CORBISIER, I.: «La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. Reflexions comparatives», *Revue Internationale de Droit Comparé*. 1988.

partes o se permitiría incluso que el vendedor ofreciera un precio determinado según el estándar contractual, pero bajo el control del juez, así TALLON, D.: *La détermination du prix dans les contrats*, Paris. 1989, pp. 42 y 48.

- DE ELIZALDE IBARBIA, F.: *El contenido del contrato*, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra. 2015.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: «Comentario al artículo 1258 CC», *Comentarios al Código Civil*, Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Navarra. 2001.
- DIEZ PICAZO, L.: «La distinción entre árbitros y arbitradores y el artículo 1.690 CC», *ADC*. 1974.
- *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona. 1957.
- DUPICHOT, P.: «Sur le projet de réforme du Droit français des contrats», *Droit&Patrimoine*, n.º 247, 2015.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: «Forma, objeto y causa/consideration», *Derecho Privado Europeo*, Coord. Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2003.
- «La nueva jurisprudencia francesa sobre exigencia de determinación del precio en los contratos de distribución», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 4, 1997.
- *Compraventa con precio determinable*, Edijus, Navarra. 2001.
- FARINA, M.: «Integración del contrato incompleto en el Ordenamiento italiano», *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 29, 2015.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R.: «La formación del contrato en la Propuesta para la modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, N.º 2131, 2011.
- FERRANTE, A.: *La reducción del precio en la compraventa*, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra. 2013.
- FIORI, R.: «Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civile», *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Nápoles. 2003.
- FRISON-ROCHE, M.A.: «L'indétermination du prix», *Revue de Droit Civil*. 1992.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Comentario al artículo 1447 CC», *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART, Edersa, Madrid, 1980.
- GARCÍA PÉREZ, C. L.: «Arbitrador, árbitro o dictaminador en el artículo 1447 CC», *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra, t. II. 2013.
- «Comentario al artículo 1486 CC», *Comentarios al Código Civil*, Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, t. VIII, Tirant Lo Blanch, Valencia. 2013.
- «Sobre la posibilidad de integración judicial del precio determinable», *Tratado de la Compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, Aranzadi Thomson-Reuters, t. II, Navarra. 2013.
- *El arbitraje testamentario*, Tirant Lo Blanch, Valencia. 1999.
- GARCÍA VICENTE, J.R.: «Comentario al artículo 1273 CC», *Comentarios al Código Civil*, t. VII, Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant Lo Blanch, Valencia. 2013.
- GERGEN, M.P.: «The use of open terms in contract», *Columbia Law Review*, vol. 92, 1992.
- GHESTIN, J. ET BILLIAU, M.: *Le prix dans les contrats de longue durée*. 1990.
- GHESTIN, J.: *Traité des contrats. La vente*, París, 1990.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración extraordinaria de circunstancias», *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Coord. GONZALEZ PACANOWSKA Y GARCÍA PÉREZ, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra. 2014.
- «Comentario al artículo 82 TRLGDCU», *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes*

- complementarias*, Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra. 2015.
- GRONDONA, M.: «Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato», *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 22, 2012.
- HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, t. III, Espasa Calpe, Madrid, 1988.
- HONNOLD, J.: *Uniform Law for international sales under the 1980 United Nations Convention*. 3.ª Edic., 1999.
- *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, Madrid, 1987.
- JEREZ DELGADO, C. y PÉREZ GARCÍA, M.J.: «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 19, 2009.
- KAHN, P.: «La Convention de Vienne de 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises», *Revue internationale de Droit comparé*. 1981.
- LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 2.º. 2.ª edic., Dykinson, Madrid, 2002.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: «Sobre la perfección de los contratos en el código Civil», *Diario la Ley*, T. 2, 1989.
- LARA AGUADO, A.: «La oferta y la aceptación contractuales», *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Civitas Thomson-Reuters. 2009.
- LECOSSOIS, D.: «La détermination du prix dans la convention de Vienne, le U.C.C. et le droit français: critique de la première décision relative aux articles 14 et 55 de la Convention de Vienne», *McGill Law Journal. Revue de Droit McGill*. 1996.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.: «Comentario al artículo 1447 CC», *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993.
- MALO VALENZUELA, M.A.: «Requisitos de validez del contrato en el Derecho uniforme», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 708, 2008.
- MANRESA, J. M.: «Comentario al artículo 1449 CC», *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, t. X. 1950.
- MARCHAL ESCALONA, N.: «Determinación del precio en los contratos», *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Civitas Thomson-Reuters, Navarra. 2009.
- MARCO MOLINA, J.: «El proceso de formación o conclusión del contrato», *InDret*, julio 2015, pp. 15 y ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *Curso de Derecho Civil*, Derecho de Obligaciones. 2014.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A.: «El concepto de contrato y su formación en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Actualidad Civil*, n.º 5, 2013.
- MORALES MORENO, A.M.: «Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: La compraventa», *Anuario de Derecho Civil*. 2003.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q.: *Código Civil concordado y comentado*, Madrid, 1906.
- PAZ AREZ, C.: «Comentario al artículo 1690 CC», *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993.
- OROZCO PARDO, G. y MORENO NAVARRETE, M.A.: «El contrato en el contexto de la unificación del Derecho privado», *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, N.º 29, 2011.

- PACHECO JIMÉNEZ, N.: «Precio determinable por el vendedor», *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Dir. CARRASCO PERERA, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra, t. II. 2013.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P.: *El proceso de modernización del Derecho contractual europeo*, Dykinson, Madrid, 2013.
- PICOD, Y.: «Les projets français sur la réforme du Droit des obligations», *InDret*. 2009.
- PINTO OLIVEIRA, N.M.: *Princípios de Direito dos contratos*, Coimbra. 2011.
- ROCA GUILLAMÓN, J.: «Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)», *Derecho de Obligaciones, XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Edtium, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia. 2013.
- «Comentario al artículo 1258 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART, t. XVII; vol. 1-A, Ederesa, Madrid, 1993.
- ROCA JUAN, J.: «Determinación indirecta de la prestación en la relación obligatoria», *Publicaciones de la Universidad de Murcia*. 1952.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, S.: «Comentario al artículo 1449 CC», *Código Civil comentado*, Dir., Cañizares, De Pablo, Orduña y Valpuesta, vol. IV, Civitas Thomson- Reuters, Navarra. 2011.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a E.: «El proceso de unificación del Derecho privado europeo: alcance, aplicación a contratos internos y confrontación con los Derechos estatales», *La Ley*, n.º 7331, 2010.
- ROGEL VIDE, C.: *El precio en la compraventa y su determinación*, Reus, Madrid, 2013.
- SCHWARTZ, K.: «Open Price contracts and specific performance under the UN Sales Convention and the U.C.C.», *Miami International and Comparative Law Review*. 2015.
- SORO RUSSELL, O.: *El principio de autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*, Reus, Madrid, 2016.
- TALLON, D.: *La détermination du prix dans les contrats (étude de Droit Comparé)*, París. 1989.
- TERRÉ, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y.: *Droit Civil. Les obligations*, Dalloz, París. 2013.
- VALPUESTA GASTAMIZA, E.: «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección del consumidor», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5.º. 2013.
- VATTIER FUENZALIZA, C.: «La interpretación integradora del contrato en el Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*. 1987.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Determinación del contenido del contrato: Presupuestos y límites de la libertad contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2002
- ZIMMERMANN, R.: «Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law», *ZEuP*. 1993.
- *Estudios de Derecho privado europeo*, trad. Vaquer Aloy, Civitas. 2000.



Una aproximación española y europea al contenido del contrato. Reflexiones a la luz de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos¹

FRANCISCO DE ELIZALDE IBARBIA

Profesor de Derecho civil

IE Universidad

RESUMEN

Este trabajo presenta el «contenido del contrato» como un concepto central en la teoría moderna del Derecho contractual. Con una metodología comparada, se parte de las soluciones clásicas de los principales ordenamientos jurídicos europeos para, luego, adentrarse en su evolución. Respecto de esta última se constata una tendencia a la convergencia (con notoria influencia del Common Law) respecto de los efectos que genera el contenido contractual, destacándose la recepción de la noción de «garantía» en el Derecho continental, incluido el Derecho español. Asimismo, el trabajo examina el resurgimiento de las fuentes no voluntarias del contenido del contrato, cuyo resultado principal, en este campo, es la creciente vinculación por la información precontractual, a través de diversos cauces jurídicos. Sobre esta base, se realiza un análisis de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos.

¹ Este trabajo se realiza en el seno del Proyecto de investigación «Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación» (DER2014-53972-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, cuyos investigadores principales son los profesores D. Antonio Manuel Morales Moreno y D.^a Nieves Fenoy Picón. El autor agradece los comentarios que recibió de los asistentes al Seminario de Derecho civil de la Universidad Pompeu Fabra, el día 18 de mayo de 2017, en cuyo seno se presentó este artículo. Por supuesto, la responsabilidad por los errores que el mismo pudiera contener recae exclusivamente en quien escribe.

PALABRAS CLAVE

Contenido del contrato; imposibilidad inicial; garantía; principio de conformidad; aliud pro alio; información precontractual.

ABSTRACT

The paper deals with the «Terms» of the contract which are presented as a key concept in the modern theory of Contract Law. Using a comparative methodology, the work first introduces the solutions adopted by the Classic Contract Law rules of the main European legal systems. It then focuses on its evolution. To this respect, an increasing tendency towards convergence is perceived, as a consequence of which guarantees have been incorporated to the Civil Law, under a notorious influence of the Common Law. The paper further examines the resurgence of implied terms in law, which, together with interpretation may lead to the recognition of binding effects to pre-contractual information. On these grounds, the article analyses the Principles of Latin American Contract Law.

KEYWORDS

Terms; initial impossibility; guarantee; warranty; conformity; aliud pro alio; pre-contractual information.

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Significado y alcance del contenido del contrato.* 2.1 El contenido del contrato y la prestación en el Derecho continental. 2.1.1 La imposibilidad inicial total y absoluta de la prestación. 2.1.2 La imposibilidad parcial por ausencia de cualidades. 2.1.2.1 La ausencia de cualidades presupuestas. 2.1.2.2 La ausencia de cualidades pactadas. 2.2 El contenido del contrato en el Derecho inglés: las garantías.—3. *La garantía en el trasfondo de la modernización del Derecho europeo-continental de contratos.* 3.1 La garantía de utilidad de la cosa específica en la compraventa. Del objeto real al ideal. 3.1.1 La garantía de conformidad. 3.1.2 La doctrina jurisprudencial del «*aliud pro alio*».—4. *La vinculación por la información precontractual.*—5. *Hacia una nueva apreciación del consentimiento en el mercado de derechos.*—6. *El contenido contractual en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos.*—7. *Conclusiones.*—8. *Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

El contenido o reglamentación contractual constituye un elemento central en la relación jurídica que emana del contrato. Las estipulaciones o cláusulas contractuales (tal como se conoce en el tráfico al contenido del contrato) determinan el alcance de las

obligaciones y deberes de las partes, así como las garantías que éstas asumen. Dicha reglamentación comprende no sólo lo expresamente pactado sino también aquello que correspondiera integrar por mor de la ley dispositiva, de la buena fe y de los usos (art. 1258 CC), con las limitaciones que impone el Derecho imperativo (*ex art.* 1255 CC). El contenido sirve, por ende, como referencia en la fase de cumplimiento del contrato pero también, como es evidente, como parámetro para determinar la existencia y alcance de un eventual incumplimiento contractual.

A pesar de su relevancia, la codificación decimonónica no reconoció la autonomía conceptual del contenido del contrato o, al menos, no le otorgó un tratamiento nítidamente diferenciado de uno de sus efectos principales: la obligación. La preponderancia de esta última en los Códigos civiles es notoria, aun cuando sea cierto que las obligaciones exceden el ámbito puramente contractual. El Código civil español dedica solo dos preceptos, dentro de la teoría general del contrato, al contenido: los arts. 1255 y 1258 CC. Este tratamiento, que actualmente parece insuficiente, contrasta con la prolija regulación de las obligaciones. En Francia, la versión original del art. 1135 del *Code*, inspiración del art. 1258 CC español², también se asemejaba a una pequeña isla en el océano de las obligaciones, circunstancia que ha cambiado radicalmente con la reforma de 2016³. En Alemania, incluso tras la modernización de 2001⁴, el BGB sigue sin contar con una norma que regule con carácter general las fuentes de la reglamentación contractual, si bien la reforma introdujo disposiciones relativas a los contratos de consumo y a las condiciones generales de la contratación. No sorprende, entonces, que la ocupación de la doctrina continental a la reglamentación contractual haya sido exigua, fiel reflejo de los Códigos civiles.

En contraste, el Derecho inglés dedica especial atención al contenido del contrato (*Terms*), tanto desde una perspectiva académica como práctica. Determinar las fuentes y el alcance de la reglamentación contractual es uno de los ejercicios centrales en la aplicación del Derecho inglés de contratos. Esto se debe principalmente al carácter fragmentario y parcial del Derecho dispositivo en el *Com-*

² Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código civil español*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2006, p. 384; GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, III, Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852, p. 9.

³ *Ordonnance* n.º 2016-131, du 10 février 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF n.º 35 de 11 de febrero de 2016.

⁴ La reforma del BGB fue ordenada por la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, 26.11.2001, *Bundesgesetzblatt* 2001, I, 3138.

mon Law, circunstancia que, entre otros motivos, ha redundado en una desvinculación del contenido contractual, respecto de las obligaciones como efecto. Es así que el Derecho de obligaciones (*Law of Obligations*) no regula la obligación al modo continental, sino que simplemente es una noción paraguas de cierta novedad, bajo la cual se engloban las principales fuentes de las obligaciones: contratos (*Contracts*), responsabilidad extracontractual (*Torts*) y enriquecimiento injusto (*Unjust Enrichment*), cada una con un desarrollo históricamente independiente.

Los principales instrumentos de armonización del Derecho de los contratos en Europa, entre los que destacan, entre otros, los *Principles of European Contract Law* (PECL) y el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), asumen la autonomía conceptual del contenido del contrato, contemplando algunos de sus principales problemas en un Capítulo particular, el Capítulo 6 de los PECL y el Capítulo 9 del DCFR. La reforma francesa del Derecho de contratos y de las obligaciones (2016) va más allá, dado que eleva el contenido contractual a la condición de requisito de validez del contrato, junto con el consentimiento y la capacidad de las partes (art. 1128 CC francés).

La hipótesis de este trabajo es que, con independencia del dispar reconocimiento normativo que el contenido del contrato recibe en el Derecho español y en los principales ordenamientos de nuestro entorno, es posible constatar una evolución relevante en las fuentes y en los efectos de la reglamentación contractual, que refleja una tendencia hacia la armonización europea. En lo que respecta a las fuentes, destaca el creciente rol de la buena fe y la ley (dispositiva e imperativa) en el reconocimiento de la eficacia vinculante de la información que se transmite *in contrahendo* y de aquella que se omite infringiendo deberes precontractuales. En relación con los efectos que crea el contenido, sobresale la admisión de la garantía contractual, incluso de fuente no voluntaria (proveniente del Derecho imperativo o dispositivo), innovación relevante para el Derecho continental, tradicionalmente constreñido a la obligación y sus deberes accesorios.

El análisis del contenido del contrato se estructura en torno a estos dos grandes temas. Los primeros apartados se dedican a la concepción clásica de la reglamentación contractual y sus efectos en el Derecho continental y en el Derecho inglés, elemento de comparación al que se recurre por su influencia en la armonización de esta problemática negocial. Tras constatar la modernización en los efectos (de la omnipresencia de la obligación a la admisión de la garantía), el trabajo se adentra en la evolución de las fuentes

voluntarias y no voluntarias del contenido contractual. El marco conceptual que se deriva de lo expuesto sirve para formular observaciones a la solución que adopta al respecto la propuesta de unos Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC), todavía en fase de elaboración, con las que se concluye.

2. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL CONTENIDO DEL CONTRATO

2.1 EL CONTENIDO DEL CONTRATO Y LA PRESTACIÓN EN EL DERECHO CONTINENTAL

Díez-Picazo distingue acertadamente la reglamentación del contrato de las obligaciones (contractuales), a las que considera efectos del mismo. La distinción no es baladí ya que, por un lado, determina la autonomía conceptual del contenido —«lo que el contrato lleva dentro de sí, aquello que constituye su más íntima sustancia»⁵— y, por otro, presenta el escenario comúnmente aceptado según el cual las obligaciones son el efecto del contrato por antonomasia, sino el único⁶.

Respecto de esto último, explica Larenz que, en el Derecho continental, el contrato, en su acepción de reglamentación, es «primariamente, una norma de conducta, según la cual tiene que dirigir su actuación el obligado»⁷. Es lógico que, así entendido, el concepto de contenido del contrato que subyace en la codificación sea el de «un vínculo que genera deberes»⁸. La reglamentación del contrato, según esta concepción, es fuente de obligaciones que imponen al deudor un deber jurídico de conducta, la prestación, que consiste en dar, hacer o no hacer algo (art. 1088 CC; art. 1101 CC francés⁹) y deberes accesorios a esa prestación (§ 241.2 BGB)¹⁰.

⁵ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 352.

⁶ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 353.

⁷ LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, I, EDERSA, Madrid, 1958, p. 85. El autor ratifica su postura en ediciones posteriores, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Múnich, 1987, § 7, III (p. 91).

⁸ MORALES MORENO, A. M., «Comentario al art. 35», en L. Díez-Picazo (Dir. y Coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 290.

⁹ Según la versión original del Código civil francés. La reforma de 2016 introdujo cambios en su redacción a pesar de los cuales la referencia a la obligación continúa presente.

¹⁰ *Vid.*, respecto de los llamados «deberes de cuidado», MORALES MORENO, A. M., «La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en C. L. García Pérez e I. González Pacanowska (coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 34-36.

Por otra parte, aunque de esto no nos ocupamos, la ligazón exclusiva del contenido a la obligación conlleva que «la responsabilidad contractual tiend(a) a ser construida con cierta dosis de subjetivismo, fundada en el incumplimiento de deberes contractuales (...) y bajo el presupuesto de la culpabilidad»¹¹. Aspecto éste que la modernización del Derecho de obligaciones y contratos intenta superar, por medio de la noción neutra de incumplimiento¹².

El tradicional apego del Derecho continental al deber jurídico, como efecto de la reglamentación contractual, coloca a las partes en la posición de acreedor y deudor y exige de este último dar, hacer o no hacer algo. De este modo, se ha circunscrito históricamente el alcance del contenido del contrato a ser la regla que determina la prestación, a diferencia de lo que sucede en el *Common Law*.

Como consecuencia de lo expuesto, se comprende que la posibilidad de ejecutar la prestación haya adquirido tanta relevancia en el Derecho continental y que obligarse a una prestación imposible haya sido visto como un obstáculo difícilmente salvable para la reglamentación contractual.

2.1.1 La imposibilidad inicial total y absoluta de la prestación

El art. 1258 CC, fuente de Derecho dispositivo del contenido contractual, establece que los contratos *obligan* no sólo a lo expresamente pactado sino también a las consecuencias que resulten conformes con la buena fe, los usos y la ley. Al comentar el art. 978 del Proyecto de 1851, antecedente directo del art. 1258 CC¹³, García Goyena afirma: «*no hay especie de obligación*, sea de dar, sea de hacer o de no hacer, que no descansa en las reglas fundamentales de este artículo, a las que habrá de recurrirse siempre para interpretarlas, ejecutarlas y determinar todos sus efectos». Si tenemos en cuenta que, en el Derecho español, la obligación consiste en dar, hacer o no hacer (art. 1088 CC)¹⁴, ambos textos dan la razón al

¹¹ MORALES MORENO, «Comentario al art. 35», *op. cit.*, p. 290.

¹² PANTALEÓN PRIETO, A. F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1720-1721); MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante (Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en su acto de recepción pública como Académico de Número)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, pp. 29-30; y GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, 3/2007, p. 7.

¹³ Díez-PICAZO, L., «Comentario al art. 1258», en C. Paz-Ares, L. Díez Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador Coderch (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, II-I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 436.

¹⁴ En el Derecho romano, la obligación también podía consistir en un «*praestare*», cuyo alcance dista de ser nítido pero habría implicado una garantía a un resultado determi-

citado Larenz en cuanto a que, según la concepción predominante en el Derecho continental, el contrato es una norma de conducta, una fuente de obligaciones que exigen del deudor un deber de prestación.

La consecuencia lógica que parece seguirse de lo anterior es que el deudor no puede obligarse a cumplir una prestación imposible, por lo que la imposibilidad inicial sería causa de nulidad del contrato, invocándose a tal fin la conocida regla de Celso: *impossibilium nulla obligatio est*¹⁵. Esta solución únicamente comprendería la imposibilidad inicial total y absoluta, es decir, aquella que se da al tiempo de contratar (inicial), que afecta a la prestación íntegramente (total) y que resulta imposible para cualquier deudor (absoluta u objetiva). La regla no está llamada, con carácter general, a cubrir supuestos de imposibilidad sobrevenida, parcial –excepto cuando se equipara a la total por afectar a la esencia del objeto– ni a la llamada imposibilidad subjetiva o inhabilidad, que consiste en una ejecución imposible para el deudor pero posible para otros, salvo en el caso de una prestación *intuitu personae*¹⁶. Por último, en cuanto a sus modalidades, la imposibilidad inicial comprende la imposibilidad física o material y la jurídica.

La inexistencia de vinculación contractual válida en los supuestos de imposibilidad inicial total y absoluta se generalizó en los Códigos civiles de los siglos XIX y XX. En Alemania, el antiguo § 306 BGB rezaba: «Un contrato, cuyo cumplimiento es imposible, es nulo»¹⁷. Este precepto se complementaba con el también derogado § 307 BGB que introdujo en el Código civil alemán la teoría de la *culpa in contrahendo* de Jhering¹⁸. En su virtud, la persona que celebrara un contrato de cumplimiento imposible, conociendo o debiendo conocer esta circunstancia, respondía de los daños ocasionados a la parte inocente, con el límite del interés negativo.

En la tradición latina, la imposibilidad se ha relacionado directamente con el objeto del contrato. En el Derecho español, el Código Civil establece que el objeto es un elemento esencial del contrato (art. 1261 CC), cuya ausencia determina la nulidad o, según algunos autores¹⁹, la inexistencia del contrato. Al caracterizar al

nado, como afirma ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, OUP, Oxford, 1996, p. 6.

¹⁵ Cel. D. 50, 17, 185.

¹⁶ SAN JULIÁN PUIG, V., *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 270-272.

¹⁷ Traducción propia.

¹⁸ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, p. 695.

¹⁹ Vid. VARA PARRA, J. J., «La imposibilidad inicial», en S. Sánchez Lorenzo (Ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2013, p. 697.

objeto, el art. 1271 CC se refiere directamente a la imposibilidad jurídica cuando establece que las cosas (objeto del contrato) no han de ser *res extra commercium* ni los servicios, contrarios a las leyes o las buenas costumbres²⁰. En cuanto a la imposibilidad material o física, el art. 1272 CC dispone que: «No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles». En consecuencia, la imposibilidad inicial de la cosa o servicio, material o jurídica, resulta en una invalidez del contrato por carencia de objeto²¹.

En Francia, la regulación general del objeto del contrato sólo hacía mención, con anterioridad a la reforma, a que las cosas deben estar en el comercio, expresión que ha de referirse a la posibilidad jurídica (art. 1128 antiguo). A diferencia del Código civil español, el *Code* no incluía, en la caracterización del objeto del contrato, una prohibición de la imposibilidad material. Ésta se restringe, en dicho cuerpo legal, al contrato de compraventa (art. 1601), estableciéndose que si al tiempo de celebrarse la venta la cosa se hubiera perdido en su totalidad, el contrato será nulo. Esta regla también se incorporó, casi literalmente, en el art. 1460 del Código civil español. A pesar de lo expuesto, la doctrina francesa ha interpretado ampliamente el art. 1601 del *Code* (vigente), considerándolo de aplicación general²². Tras la reforma, y a pesar de la supresión del objeto como requisito de validez del contrato, el art. 1163 CC francés (referido al contenido contractual) exige que la prestación sea posible, lo cual conduce a similares resultados: una prestación de dar podría ser imposible por inexistencia de objeto.

En Italia, el Código Civil de 1942 reconoce al objeto como requisito del contrato (art. 1325), que debe ser posible (art. 1346), sin que se distinga entre posibilidad material y jurídica, todo ello bajo pena de nulidad (art. 1418). El art. 1347 del *Codice* establece que el contrato sujeto a condición suspensiva o a plazo es válido si la prestación inicialmente imposible deviene posible con anterioridad al cumplimiento de la condición o del plazo²³. Ergo, si la imposibilidad inicial es duradera, el contrato sería inválido.

Analizando el problema en detalle, se comprueba que la imposibilidad inicial cubre una variedad de supuestos, de desigual valor práctico. En un extremo, mayormente académico, se encuentra el caso del objeto necesariamente imposible: el clásico ejemplo del

²⁰ Para un crítica de las cosas y de los servicios como objeto del contrato, *vid.* Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 197-200 y SAN JULIÁN, *El objeto...*, *op. cit.*, pp. 62-64.

²¹ *Vid.* STS de 4 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8001).

²² Díez-PICAZO, L., «Sobre la imposibilidad de la prestación», en J. M. Abril Campoy y M. E. Amat Llarí, *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, I, Tirant, Valencia, 2006, p. 1089.

²³ Una regla similar se encontraba en el antiguo § 308 BGB.

hipocentauro²⁴. Existe amplio consenso en el Derecho comparado en que en este caso el contrato es nulo, bien sea por aplicación de las reglas del objeto o bien, por la falta de seriedad del acuerdo.

Distinto del anterior, de mayor relevancia práctica, es el caso del objeto que existía pero que desaparece con anterioridad al perfeccionamiento del contrato (*res extincta*) o, incluso, de ciertas imposibilidades jurídicas. En estos supuestos, la nulidad del contrato no tiene por qué erigirse en la consecuencia necesaria. Como afirma Zimmermann, «[i]mpossibilium nulla obligatio est» encapsula claramente la idea de que nadie puede ser obligado a cumplir lo que no puede cumplir. Pero esto no es igual a afirmar que el contrato de prestación imposible es necesariamente nulo (...)»²⁵. La validez del contrato podría residir en la asunción del riesgo, por el deudor, de la existencia del objeto. Sobre esta base, la imposibilidad del cumplimiento específico no tendría por qué privar al acreedor del remedio indemnizatorio del que dispondría según las reglas del incumplimiento contractual²⁶.

Fue Ernst Rabel una de las voces más representativas en contra del axioma del entonces vigente § 306 BGB, centrando su crítica en una mala interpretación del codificador alemán respecto del origen de la regla romana *impossibilium nulla obligatio est*. Según Rabel, el nacimiento de esta regla ha de hallarse en las estipulaciones de dar y, en particular en el antiguo Derecho de los contratos y legados *per donationem* que tenían por objeto cosas materiales²⁷. Es lógico, añade Betti, que en una sociedad agrícola como la romana en tiempos del Derecho clásico, los objetos fueran cosas materiales, perceptibles por los sentidos, y que, por ende, la regla citada propugnara la invalidez de los contratos cuando los mismos versaran sobre objetos imposibles²⁸. Para Zimmermann, «*impossibilium nulla obligatio est*» únicamente se habría aplicado estrictamente respecto de las estipulaciones y con muchas salvedades en relación con el contrato de compraventa²⁹.

Es precisamente en la compraventa donde se pone de manifiesto la diferente comprensión de la regla en el Derecho romano y en la Codificación. En especial, respecto de la imposibilidad jurídica, ya que la imposibilidad física parece haber seguido muy ligada a la necesaria existencia material del objeto, incluso en periodos tardíos del Derecho romano. Me refiero en concreto al pasaje de Lici-

²⁴ Gai. III, 97 a.

²⁵ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, op. cit., p. 687. Traducción propia.

²⁶ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, op. cit., p. 696.

²⁷ RABEL, E., «Origine de la règle: *impossibilium nulla obligatio*», en *Mélanges Gerardin*, Sirey, París, 1907, p. 502.

²⁸ BETTI, E., *Istituzioni di Diritto Romano*, II, CEDAM, Padua, 1962, p. 41.

²⁹ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, op. cit., p. 689.

nus Rufinus, en el que se afirma: «*Liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. quod idem placet etiam, si venditor sciat, emptor autem ignoret. quod si emptor sciens liberum esse emerit, nulla emptio contrahitur*»³⁰. Por consiguiente, la compra de una persona libre sería válida, a pesar de la imposibilidad jurídica, si el comprador ignoraba que no se trataba de un esclavo. Es por ello que se autorizaba al comprador inocente –ignorante de la imposibilidad– a ejercitar la *actio empti*, en reclamación de los daños³¹.

Se atribuye a la escuela de Derecho natural racionalista y, en el Derecho alemán, a la pandectística tardía, la generalización de la regla *impossibilium nulla obligatio est*, a partir del entendimiento de que la libre voluntad del individuo únicamente puede recaer sobre una acción que él mismo es capaz de realizar. De este modo, la imposibilidad objetiva e incluso, la subjetiva, es decir, la inhabilidad particular de la persona, habrían de conducir a la invalidez del contrato. Los Códigos civiles no asumieron esta solución en puridad ya que si bien adoptaron la imposibilidad objetiva inicial como causa de nulidad, dejaron al margen de esta sanción los supuestos de imposibilidad subjetiva³².

De lo expuesto se constata que para un jurista práctico, como el romano, la imposibilidad inicial no constituía un supuesto automático de nulidad sino que, incluso, en determinados casos se concedía la *actio empti* la cual, en terminología moderna, cabe entender como acción de responsabilidad contractual. Por lo tanto, siguiendo con conceptos actuales, en ocasiones el contrato podía vincular a una prestación imposible. La explicación habría que buscarla, tal vez –las fuentes son parcas a este respecto–, en el enigmático *praestare* o garantía como contenido de la obligación, que no habría limitado a ésta a un *dare* o *facere*, a diferencia de la solución del Derecho natural racionalista, seguida por los codificadores continentales.

La generalización que impuso la Codificación respecto de la invalidez de la imposibilidad inicial responde, más bien, a una incorrecta relación entre la autonomía de la voluntad y el contenido del contrato, que restringe la vinculación a aquello que resulte susceptible de cumplimiento específico (sólo cabe obligarse a lo que

³⁰ D. 18, 1, 70.

³¹ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, p. 242. RABEL, «Origine...», *op. cit.*, p. 511.

³² ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, pp. 692-694. Es opinión consolidada en el Derecho alemán que la regla habría sido generalizada por Friedrich Mommsen, luego acogida por Bernhard Windscheid y de ahí, recogida por el antiguo § 306 BGB. Además de la referencia de ZIMMERMANN, *vid.* RABEL, «Origine...», *op. cit.*, p. 474 y Díez-PICAZO, «Sobre la imposibilidad...», *op. cit.*, p. 1091.

puede darse, hacerse, o no hacerse). Para llegar a esta conclusión, el iusnaturalismo racionalista y, en el Derecho alemán, la pandectística tardía³³, parecen haber realizado una interpretación en exceso restringida de la filosofía moral y del Derecho canónico. Éstos exigen que la decisión del hombre libre verse sobre una acción posible ya que la acción imposible impide que la voluntad alcance su fin y, por ello, constituiría una mera veleidad³⁴. Sin embargo, si consideramos que la vinculación respecto de un objeto imposible no se limita a su faceta reglamentaria de deberes –que exige un cumplimiento en especie– sino que incluye la garantía de una situación fáctica, cuya inexistencia autoriza en ciertos casos el remedio indemnizatorio, entonces no parece haber inconveniente en reconocer que el contrato sea válido. La posibilidad radicaría, en este supuesto, en la factibilidad de satisfacer la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento. No obstante, reitero, no fue ésta la solución propiciada por la Codificación.

2.1.2 La imposibilidad parcial por ausencia de cualidades

Ligado asimismo al problema de la prestación posible, se presenta la cuestión de la imposibilidad inicial pero parcial (no absoluta) de la prestación. Ésta comprende dos grandes supuestos: la pérdida de una parte del objeto³⁵ –de lo que no nos ocupamos– y, de mayor asiduidad e interés, la carencia inicial, en el mismo, de las cualidades requeridas por el contrato.

2.1.2.1 LA AUSENCIA DE CUALIDADES PRESUPUESTAS

La imposibilidad parcial de la prestación por ausencia de cualidades es susceptible de aquejar a las obligaciones específicas y sucede cuando aquellas no se encuentran presentes en el objeto, al tiempo de contratar. El obstáculo no acaece, en cambio, en las obligaciones genéricas, siempre que se trate de un género objetivamente existente (de lo contrario estaríamos ante un supuesto de imposibilidad absoluta) y no excesivamente delimitado (que convirtiera al objeto en uno específico, por su individualización)³⁶. En esta clase de obligaciones, las partes asumen las cualidades imperecederas del género (*genus nunquam perit*), por pacto o, en su defecto, de

³³ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, pp. 692-694.

³⁴ S. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 13, art. 5, accesible en: <http://hjjg.com.ar/sumat/> (visitado el 10 de enero de 2017).

³⁵ A esto apunta directamente el art. 1460.II CC.

³⁶ VARA PARRA, «La imposibilidad inicial...», *op. cit.*, p. 676.

conformidad con los criterios del tráfico³⁷. Las cualidades no suponen un problema de imposibilidad inicial porque el objeto (todavía ideal, no especificado) siempre es capaz de contenerlas.

La diferente solución de las obligaciones específicas respecto de las genéricas se justifica en la posibilidad de cumplir *in natura* la prestación, según la acepción de lo válidamente posible que subyace en la Codificación, lo cual se relaciona irremediamente con el concepto de obligación y de objeto que asumieron los Códigos civiles decimonónicos.

Recordemos al respecto que, de conformidad con estos cuerpos legales, el contrato es una norma de conducta que exige del deudor una prestación de dar, hacer o no hacer. Se comprende, partiendo de esa acepción, que no quepa exigirle al deudor que entregue un objeto con unas determinadas cualidades que no posee. En la obligación específica, el deudor sólo puede entregar la cosa tal cual existe en la realidad. Si el contrato requiere del objeto determinadas cualidades de las que carece, el deudor cumplirá eficazmente entregando la cosa (como es). Respecto de las cualidades, concurrirá un supuesto de imposibilidad inicial parcial de la prestación, que tendrá como efecto la ausencia de vinculación del deudor en relación con las mismas. Como razona Morales Moreno, «[e]l carácter parcial de la imposibilidad inicial puede explicar que el deber de prestación se circunscriba a la entrega de la cosa, dejando fuera del mismo sus cualidades»³⁸.

La necesidad de que la prestación sea inicialmente posible, en las obligaciones específicas, se anuda con la consideración del objeto como un elemento de existencia real, circunstancia que se pone de manifiesto claramente en la compraventa específica. En ésta, el vendedor sólo se encuentra obligado a entregar la cosa en el estado en que se halla al tiempo de contratar (art. 1468.I CC). En cambio, en la compraventa genérica se asume un concepto ideal del objeto: el vendedor debe entregar la cosa tal como ha de ser, según el contrato³⁹.

Por consiguiente, en las obligaciones específicas, el objeto contractual no es lo que las partes determinan sino la cosa conforme existe en la realidad. Siguiendo el ejemplo que propone Larenz (en relación con las normas del BGB vigentes hasta la reforma del año 2001), si las partes de un contrato de compraventa específica

³⁷ Cfr. art. 327 CCom.

³⁸ MORALES MORENO, A. M., «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, 2012, p. 9.

³⁹ MORALES MORENO, A. M., «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa» en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 102.

presuponen que el objeto es un anillo de oro, el vendedor cumple su deber de prestación aun cuando el anillo no posea esa cualidad (es decir, si no fuera de oro). La razón radica en que el vendedor no se obliga a entregar, de modo genérico, un «anillo de oro», sino «un anillo individualmente determinado» que las partes consideraron de oro⁴⁰. Obligar al vendedor a que el anillo contratado posea una cualidad de la que carece supondría –en el esquema de vinculación tradicional– exigir una prestación, *ab initio*, imposible⁴¹.

El hilo argumental se completa con una referencia a las acciones de saneamiento por vicios ocultos, sistema especial de responsabilidad del deudor, arquetípico de las obligaciones de dar onerosas⁴². Por mor de este sistema, el deudor sólo se obliga a entregar la cosa y al saneamiento (art. 1461 CC). La prueba de que el deudor de una obligación específica no se vincula a entregar un objeto que reúna las cualidades presupuestas en la cosa sino ésta tal cual existe en la realidad resulta de los remedios de los que dispone el acreedor. En virtud del art. 1486 CC son dos: la acción redhibitoria, que permite rescindir el contrato, y la acción *quantum minoris*, que autoriza una reducción del precio. En el régimen de las acciones edilicias, el acreedor carece de la pretensión de cumplimiento y, a su vez, de la pretensión indemnizatoria en la medida contractual (excepto que el vendedor hubiera conocido el vicio), ambos remedios centrales del incumplimiento. La causa de esta limitación radica, indudablemente, en una ausencia de vinculación respecto de las cualidades del objeto.

La razón de fondo ha de encontrarse en el ya referido concepto de contrato como fuente de deberes, en la necesaria posibilidad (inicial y posterior) de cumplirlos *in natura* y en la imposibilidad de que esto tenga lugar cuando el objeto es específico y carece de las cualidades presupuestas. La imposibilidad inicial –parcial– de la prestación, por falta de cualidades en el objeto específico justifica, en la concepción del Código civil, la ausencia de vinculación del deudor respecto de las mismas. Una consecuencia que, al igual que expuse anteriormente respecto de la imposibilidad total, puede resultar razonable respecto de la pretensión de cumplimiento pero, en ocasiones, privativa de una justa tutela del acreedor, al negársele el remedio indemnizatorio, fácticamente posible. Máxime si del

⁴⁰ LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, II, EDERSA, Madrid, 1959, p. 90.

⁴¹ Cfr. BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, 1969, pp. 801 y 833-834.

⁴² No sólo la compraventa (art. 1484 CC) sino también, por ejemplo, el arrendamiento (art. 1553 CC).

contrato se deduce que el deudor había asumido, siquiera implícitamente, el riesgo de la ausencia de cualidades en el objeto⁴³.

2.1.2.2 LA AUSENCIA DE CUALIDADES PACTADAS

El calado de la asunción conceptual de la Codificación respecto del contrato como norma que genera deberes y del objeto de existencia real, que se halla en la base de la imposibilidad inicial de la prestación, exige analizar la solución que se adopta respecto de las cualidades convenidas por las partes.

Una visión extrema de estos planteamientos debería sostener la invalidez parcial del contrato, negando la vinculación respecto de cualidades del objeto que fueran inexistentes, incluso cuando la obligación proviniera de un pacto expreso. Si el deudor sólo queda vinculado a lo que puede dar, sería irrelevante que las cualidades resultaran de una presuposición contractual o, en cambio, de un acuerdo expreso. Como mucho, el acreedor tendría acceso a las acciones de saneamiento, que no se asientan en un incumplimiento contractual (es decir, en la infracción del contenido del contrato)⁴⁴.

Esta es la solución que se desprende del art. 1505 del Código civil peruano: «Hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición». En virtud de este precepto, la ausencia de cualidades prometidas o garantizadas⁴⁵ no resultaría en un incumplimiento del contrato sino que únicamente autorizaría al acreedor a ejercitar las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos. El art. 2167 del Código civil argentino de Vélez Sársfield (derogado) ordenaba en el mismo sentido: «Pueden también por el contrato hacerse vicios redhibitorios de los que naturalmente no lo son, cuando el enajenante garantiza la no existencia de ellos, o la calidad de la cosa supuesta por el adquirente. Esta garantía tiene lugar aunque no se exprese, cuando el enajenante afirmó positivamente en el contrato, que la cosa estaba exenta de defectos, o que tenía ciertas cualidades, aunque al adquirente le fuese fácil conocer el defecto o la falta de calidad».

Más compleja se presenta la interpretación del nuevo art. 1052 del Código civil y comercial argentino («Ampliación convencional de la garantía»): «Se considera que un defecto es vicio redhibitorio: a) si lo estipulan las partes con referencia a ciertos defectos

⁴³ Cfr. respecto de la imposibilidad absoluta, RIBOT IGUALADA, J., «La imposibilidad originaria del objeto contractual», *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 3, 2015, p. 8.

⁴⁴ *Vid supra*.

⁴⁵ PUENTE Y LAVALLE, M. DE LA, *El contrato en general*, III, Palestra, Lima, 2001, p. 553.

específicos, aunque el adquirente debiera haberlos conocido; b) si el enajenante garantiza la inexistencia de defectos, o cierta calidad de la cosa transmitida, aunque el adquirente debiera haber conocido el defecto o la falta de calidad; c) si el que interviene en la fabricación o en la comercialización de la cosa otorga garantías especiales. Sin embargo, excepto estipulación en contrario, el adquirente puede optar por ejercer los derechos resultantes de la garantía conforme a los términos en que fue acordada». Por un lado, el inciso (b) del precepto citado establece claramente que la infracción de la garantía respecto de cualidades determinadas resulta en un vicio oculto y no en un incumplimiento del contrato, como debiera ser si la garantía diera origen a un pacto contractual vinculante. En cambio, el inciso (c) parece referirse a otra clase de garantía (especial), cuya infracción seguiría las reglas convencionales y, por ende tal vez, los mecanismos propios del incumplimiento contractual si así se acordase. La diferencia entre los incisos (b) y (c) residiría en el carácter de la persona que garantiza, profesional en el segundo caso, y en el tipo de garantía que se ofrece. ¿Se refiere el inciso (b) a una promesa contractual (por ejemplo, «te aseguro que el bien carece de defectos o que tiene tal cualidad») y el inciso (c) a una garantía convencional, con su propio mecanismo de ejecución, que incluye los remedios derivados del incumplimiento? De ser así, ¿se encontraría justificada la diferencia de tratamiento? La novedad del precepto nos impide, por el momento, concluir.

Con carácter general, dejando al margen por un momento las soluciones particulares de un determinado ordenamiento jurídico, cabe centrar el problema en la tensión entre la imposibilidad inicial parcial y sus consecuencias, por un lado, y el respeto a la autonomía de la voluntad, por otro. Si prima la teoría de la imposibilidad parcial, la promesa o garantía convencional cede ya que se le priva de la eficacia propia del vínculo contractual. La infracción de la garantía no constituiría un incumplimiento del contrato sino, a lo sumo, un defecto subsumible en el saneamiento por vicios ocultos. En cambio, la prevalencia de la autonomía de la voluntad respecto de una visión acentuada de la imposibilidad inicial supone reconocer la integración de la garantía en el contenido del contrato y el consecuente incumplimiento contractual en caso de defectos en el objeto.

Al igual que sucede con la regla *impossibilium nulla obligatio est*, la comprensión moderna de la eficacia de una promesa respecto de las cualidades del objeto, en ocasiones privada de efectos vinculantes, no se condice con sus antecedentes históricos.

Si analizamos el contrato de compraventa, comprobamos que, en el Derecho romano primitivo, la estipulación sobre cualidades del objeto era válida aunque éstas fueran inexistentes. La validez de la promesa solemne concedía al acreedor, si el objeto carecía de las cualidades prometidas, la *actio empti*, propia de lo que moderadamente se conoce como responsabilidad contractual.

En relación con la *stipulatio*, Zimmermann y Morales Moreno –en estudios separados⁴⁶– analizan la validez, en el Derecho romano, de aquellas que recaían sobre estados de la realidad –v. gr. la promesa de que el esclavo estaba sano– y el problema que suponía la eventual imposibilidad inicial de la obligación –p. ej. si el esclavo se encontraba, en verdad, enfermo–.

Ambos autores se pronuncian por la validez de la estipulación, por entender –Zimmermann– que el vendedor no garantizaba la ausencia del defecto ni la presencia de una cualidad sino el pago de una indemnización si la realidad no se condecía con su afirmación⁴⁷; o según Morales Moreno, que «la satisfacción del interés del acreedor, finalidad del derecho de crédito puede canalizarse (...) por medio de la indemnización»⁴⁸.

Los dos encuentran justificación en un texto de ULPIANO, en el que éste se pronuncia por la validez de la estipulación, en los siguientes términos: «(...) yo considero que una estipulación así es válida: «que no es ladrón ni enterrador, y que está sano» pues se refiere al interés porque sea o no alguna de esas cosas; y si a alguno de estos términos se añadiese que «se responde», la estipulación aun con más razón es válida»⁴⁹.

De lo anterior se deduce que el Derecho romano admitía que una de las partes quedara vinculada contractualmente por un estado de la realidad –las cualidades del objeto–, sin que ello supusiera un problema de imposibilidad inicial de la obligación.

La relación entre la promesa –que ha de vincular por las cualidades del objeto– y las acciones edilicias –que conducen a un resultado contrario– así como la confusión consiguiente puede radicar en la propia evolución del Derecho romano. En un momento de la historia del edicto de los Ediles Curules –aparentemente no inicial⁵⁰– la responsabilidad (edilicia o por saneamiento) del ven-

⁴⁶ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, p. 310. MORALES MORENO, «Tres modelos...», *op. cit.*, pp. 9-10.

⁴⁷ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, p. 310.

⁴⁸ MORALES MORENO, «Tres modelos...», *op. cit.*, p. 10.

⁴⁹ Ulp. D. 21, 2, 31. Utilizo la traducción de D'Ors, A./HERNÁNDEZ-TEJERO, F./FUENTESECA, P./GARCÍA-GARRIDO, M./BURILLO, J., *El Digesto de Justiniano*, II, Aranzadi, Pamplona, 1972, p. 63.

⁵⁰ MONIER, R., *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Sirey, Paris, 1930, p. 51.

dedor se extendió, además de los vicios que consciente o inconscientemente omitía declarar⁵¹, a las afirmaciones que hubiera realizado o promesas que hubiera asumido –de modo formal o informal– respecto de la existencia, en el objeto vendido, de una cualidad o la ausencia de un defecto⁵²: los «*dicta promissave*» (Ulp. D. 21, 1, 1, 1; Gai. D. 21, 1, 18, pr. y Ulp. D. 21, 1, 38, 10).

El Digesto nos proporciona la distinción entre una declaración u afirmación *in contrahendo* («*dictum*») del vendedor⁵³, y una promesa («*promissum*»), siendo la primera aquello «que se dice de viva voz» (unilateralmente) y, la segunda, «puede referirse tanto a una simple promesa como a una pública promesa o a una promesa estipulatoria» (Ulp. D. 21, 1, 19, 2)⁵⁴. Ambas concedían los remedios de las acciones edilicias.

En cambio, no engendraban la responsabilidad del vendedor las meras alabanzas del bien, cuya eficacia se distinguía de los «*dicta*» en que eran proferidas «por jactancia»⁵⁵. La delimitación entre unas y otras se habría hecho por referencia al *Ius civile*⁵⁶.

El comprador perjudicado por los «*dicta*» y promesas del vendedor podía acudir, a su elección, a la protección edilicia y a los remedios que ella concedía –ejercitables ante la jurisdicción curul, en los supuestos encuadrados en el ámbito de aplicación del edicto, en cuanto al objeto–, o bien, a las acciones de Derecho civil, ante la jurisdicción correspondiente⁵⁷.

En el Derecho postclásico, desapareció la jurisdicción de los Ediles Curules, y la propensión de los juristas bizantinos a genera-

⁵¹ KASER, M., *Derecho romano privado*, trad. J. Santa Cruz Tejerio, Reus, Madrid, 1968, p. 195.

⁵² ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, p. 315.

⁵³ Cfr. MONIER, *La garantie...*, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁴ En ambos casos, utilizo la traducción de D'ORS/HERNÁNDEZ-TEJERO/FUENTESECA/GARCÍA-GARRIDO/BURILLO, *El Digesto...*, II, *op. cit.*, p. 44. En lo que respecta a los *dicta*, el citado Ulp. 21, 1, 19, 2, agrega después de «lo que se dice de viva voz», «y se concluye en la misma conversación», pero esta segunda frase sería interpolada. Cfr. MONIER, *La garantie...*, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁵ Ulp. D. 21, 1, 19, 3; «Tan sólo deben admitirse las declaraciones o promesas que se profieran para ser cumplidas y no por jactancia». Utilizo la traducción de D'ORS/HERNÁNDEZ-TEJERO/FUENTESECA/GARCÍA-GARRIDO/BURILLO, *El Digesto...*, II, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁶ Se discute si la frase «(...) *quod eius praestari oportere dicitur* (...)», que se contiene en Ulp. D. 21, 1, 1, 1, supone una remisión al *Ius civile*, de modo que sólo generaban responsabilidad las «*dicta*» en la medida que lo establecía el *Ius civile*, o si, en cambio, el *Ius honorarium* utilizaba unos criterios propios. El debate versa sobre el alcance del término «oportere», el cual, según una corriente doctrinal, remitiría al *Ius civile*, lo que cuestionan otros autores. Para un detalle de la polémica, *vid.* NICHOLAS, B., «*Dicta Promissave*», en D. Daube (Ed.), *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta*, Clarendon Press, Oxford, 1959, pp. 95-101.

⁵⁷ Cfr. MORALES MORENO, A. M., «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, 1980, p. 597.

lizar reglas⁵⁸, condujo a que se extendiera el ámbito de aplicación de las acciones edilicias a cualquier tipo de objeto vendido (no sólo esclavos y animales, como había sido originariamente)⁵⁹.

Se operó, además, una suerte de confusión entre los remedios edilicios y la *actio empti*, de forma que se pudo recurrir a cualquiera de ellos en ejercicio de la redhibición y de la reducción del precio, incluso frente a un vendedor de buena fe⁶⁰, conservándose la distinción, en cuanto a la medida de la indemnización, respecto de los vendedores dolosos –exigible por la *actio empti*–⁶¹.

Todo ello puede justificar la referencia a la promesa que ciertos Códigos civiles realizan en sede de vicios ocultos. En el caso de España, existe el antecedente algo más reciente del Proyecto de Código civil de 1851. Para su autor, García Goyena, las acciones edilicias comprenden las promesas: «Según la ley 18, título 1, libro 21 del Digesto y otras, había la misma responsabilidad cuando el vendedor prometía ó afirmaba concurrir en la cosa ciertas buenas calidades que realmente no tenía; y yo tengo por justa y digna de aplicarse hoy esta disposición, cuando aparezca que el comprador no habría comprado la cosa á saber que no tenía las calidades prometidas»⁶².

En la actualidad, el Tribunal Supremo sostiene de forma constante la validez y fuerza vinculante del pacto expreso (*ex art. 1255 CC*), cuya violación supone un incumplimiento del contrato⁶³. No obstante, cabe señalar que la pervivencia del régimen de saneamiento por vicios ocultos ha servido en ocasiones a los tribunales

⁵⁸ STEIN, P., «Medieval Discussions of the Buyer's Actions for Physical Defects», en *Studies in the Roman Law...*, *op. cit.*, p. 103.

⁵⁹ SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1954, p. 538, quien sostiene que el texto de Ulp. D. 21, 1, 1 es interpolado, y atribuido falsamente a Labeón: «Escribe Labeón que el edicto de los ediles curules respecto a la compraventa se refiere tanto a las cosas inmuebles como a las muebles o semovientes». Utilizo la traducción del Digesto de D'ORS/HERNÁNDEZ-TEJERO/FUENTESECA/GARCÍA-GARRIDO/BURILLO, *El Digesto...*, *op. cit.*, II, p. 37. Es de la misma opinión MONIER, *La garantie...*, *op. cit.*, pp. 161-162.

⁶⁰ Ulp. D. 19, 1, 13. El texto habría sido interpolado para hacer responder, por la *actio empti*, al vendedor de buena fe, como sostiene MONIER, *La garantie...*, *op. cit.*, pp. 147-154. Aunque se discute si la responsabilidad del vendedor de buena fe, conforme al *Ius civile*, es anterior a Justiniano, postura a la que adhiere ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, pp. 321-322, frente al criterio contrario de D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1997, § 496 (p. 558). HONORÉ, A. M., «The History of the Aedilician Actions from Roman to Roman-Dutch Law», en *Studies in the Roman Law...*, *op. cit.*, p. 139, reconoce que se trata de una cuestión debatida.

⁶¹ Ulp. D. 19, 1, 13, pr. Cfr. MORALES MORENO, «El alcance protector...», *op. cit.*, p. 598.

⁶² GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, III, *op. cit.*, p. 397.

⁶³ En este sentido resuelven las SSTs de 12 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2144), 18 de marzo de 1999 (RJ 1999, 8979), 11 de julio de 2000 (RJ 2000, 6683), 16 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9458), 3 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8520), 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 4387), 1 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6065), 11 de junio de 2008 (RJ 2008, 3561), 10 de junio de 2010 (RJ 2010, 2675) y 8 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4753).

españoles para realizar una interpretación laxa de ciertas promesas contractuales, de las que no se desprendería un régimen de garantía convencional claro y expreso⁶⁴.

En el Derecho alemán, a pesar de que en él reinaba la regla *impossibilium nulla obligatio est*, se aceptó tradicionalmente la prevalencia del pacto, si bien ciñendo las consecuencias del incumplimiento al remedio indemnizatorio. En efecto, el antiguo § 459.2 BGB (vigente hasta el 31 de diciembre de 2001), en relación con el § 463 del mismo cuerpo legal, permitía al comprador exigir una indemnización por incumplimiento si el vendedor había asegurado una determinada cualidad, que se encontraba ausente en el momento de transmisión del riesgo de la cosa. La expresión «aseguramiento» («*Zusicherung*») del vendedor «exige algo más que la mera afirmación cierta o aseveración; exige la voluntad conocible del vendedor de obligarse, es decir, de responder frente al comprador por los defectos en la cualidad de la cosa»⁶⁵, lo cual asemeja el aseguramiento a la promesa⁶⁶. La reforma del BGB, como veremos más adelante, eliminó las consecuencias sobre la validez del contrato de la imposibilidad inicial, así como el régimen de los vicios ocultos, por lo que su respuesta a la eficacia vinculante del pacto de cualidades es hoy incluso más contundente, habiéndose ampliado el abanico de remedios.

Una conclusión particular se alcanza en el Derecho italiano, en un contexto signado por la diferenciación entre el vicio y la ausencia de cualidades, como supuestos distintos de la inhabilidad del objeto. El art. 1497 del *Codice* establece que la falta de cualidades prometidas resulta en un incumplimiento del contrato, afirmación que debe matizarse por algunos rasgos comunes con el saneamiento aplicable a los vicios (los plazos de las acciones, por ejemplo), solución insatisfactoria que ha motivado la creación y expansión –también en Italia– de la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*.

⁶⁴ Vid. STS de 20 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 283) ó 30 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3133).

⁶⁵ LARENZ, *Derecho...*, II, *op. cit.*, p. 65. En el mismo sentido se pronuncian ENNECCERUS, L./LEHMANN, H., *Derecho de Obligaciones*, II-1, trad. B. Pérez González/J. Alguer, Bosch, Barcelona, 1966, pp. 91-92: «(...) es menester que el aseguramiento de la cualidad se dé y se acepte con intención vinculante, esto es, brevemente, se necesita un aseguramiento *contractual* que, por tanto, si se trata de fincas, requiere también la forma del § 313 y si son varios vendedores tiene que proceder de todos ellos. (...) No bastan, pues, las aserciones *unilaterales* del vendedor sobre determinadas cualidades (...)».

⁶⁶ Así se ha traducido al castellano el término «*zugesicherten*» (en realidad, la traducción corresponde al sustantivo «*Zusicherung*»), del antiguo § 459.2 BGB, por EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil alemán comentado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 170. También la traducción de E. Arroyo i Amayuelas de ZIMMERMANN, R., *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 102, respecto del § 463 BGB, que contenía la misma expresión.

2.2. EL CONTENIDO DEL CONTRATO EN EL DERECHO INGLÉS: LAS GARANTÍAS

El punto de partida del Derecho inglés respecto del contenido del contrato difiere del asumido por el Derecho continental tradicional. En el *Common Law*, el deudor no se encuentra primariamente obligado a cumplir con deberes de conducta –aunque puede estarlo– sino que garantiza un resultado. Las cláusulas del contrato consisten, afirma ATIYAH, «en: (i) una declaración sobre una situación de hecho, o (ii) una promesa de que algo (no necesariamente bajo control del promitente) va o no a ocurrir en el futuro, o (iii) una cláusula condicional. Los dos primeros tipos de cláusulas son promesas»⁶⁷. Entiende el autor que la palabra «*undertaking*» (garantía, compromiso asumido), expresa mejor el concepto que «*promise*» (promesa)⁶⁸, en lo que parecen coincidir Zweigert y Kötz, según quienes, en el *Common Law*, todo contrato contiene una garantía⁶⁹.

Por tanto, la garantía se encuentra presente en cualquiera de las vertientes de la promesa. Si ésta consiste en el compromiso de realizar una acción o una abstención –una prestación en terminología continental– el deudor garantiza la satisfacción del interés del acreedor en todo caso, sin que quepa alegar una imposibilidad de cumplir la prestación. Esa satisfacción tiene lugar, en caso de que el cumplimiento no fuera posible, con carácter general, por medio de la indemnización de daños y perjuicios. En el Derecho inglés, el cumplimiento en especie es un remedio más bien excepcional, fruto de la moderación del *Equity*, y de aplicación muy reducida. Por ende, el remedio indemnizatorio, consecuencia de la garantía, se presenta como la satisfacción natural de las expectativas contractualmente vinculantes.

En lo que respecta a la segunda clase de promesa, la declaración contractual sobre una situación de hecho, Atiyah destaca que los juristas, a diferencia de los filósofos, nunca han tenido dificultad –en el *Common Law*– en admitir que una persona puede garan-

⁶⁷ ATIYAH, P. S., *An introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 169. (La traducción es propia).

⁶⁸ ATIYAH, *An introduction...*, *op. cit.*, p. 169. Justifica el autor su inclinación por el compromiso o garantía («*undertaking*») en que, a su juicio, el término «promesa» («*promise*») puede llevar a confusión, por cuanto puede sugerir un cierto grado de intención (subjetiva), que no siempre se requiere como fuente de vinculación, en virtud de los métodos objetivos de interpretación que rigen en el Derecho inglés.

⁶⁹ ZWEIFERT, K./KÖTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, trad. t. Weir, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 503. Es MORALES MORENO, «Comentario al art. 35», *op. cit.*, pp. 290 (nota 8), 291 (nota 12) y 292, quien refiere a ATIYAH, de las que hemos hecho mención –de sus textos originales– en este párrafo.

tizar un determinado estado de los hechos –presentes o futuros–, como promesa distinta de la realización de una conducta futura⁷⁰ –una prestación–. La indiscutible función del contrato, en el *Common Law*, como instrumento de asignación de riesgos entre las partes⁷¹, consiente la validez del vínculo jurídico sobre una situación fáctica, garantizando una de las partes su corrección⁷².

De lo expuesto se comprende que, en el Derecho inglés, la imposibilidad inicial sólo merezca un tratamiento (menor) en sede de error («*mistake*»), vicio del consentimiento cuya consecuencia –en dicho ordenamiento– es la nulidad radical del contrato⁷³. Que la prestación garantizada sea posible o que la situación fáctica prometida se corresponda con la realidad son circunstancias irrelevantes, *per se*, para la validez del contrato. Ésta se ve afectada, en cambio, si el acuerdo de las partes se encuentra viciado por error, que ha de ser común (no se admite, con carácter general, el error unilateral) y esencial («*fundamental*»)⁷⁴. Pero, reitero, fuera de este supuesto más bien excepcional, la garantía de una conducta imposible o un estado de la realidad inexistente es válida. Incluso, para evitar las severas consecuencias del error, los tribunales otorgan notoria primacía al contrato, con la finalidad de indagar, por medio de la interpretación, una posible asignación de los riesgos del error a una de las partes, favoreciendo así la vigencia del acuerdo⁷⁵.

⁷⁰ ATIYAH, *An introduction...*, *op. cit.*, pp. 169-170.

⁷¹ BEATSON, J., *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 3.

⁷² Al margen de la no siempre fácil distinción entre declaraciones que permanecen al margen del contenido contractual («*representations*») y las que integran el contrato («*term*»), ya sea bajo la forma de «*warranties*» o «*conditions*», resulta indiscutible la naturaleza contractual de las declaraciones sobre una situación fáctica cuando derivan de una promesa vinculante. En el Derecho inglés histórico no fue siempre así. Señala IBBETSON, D., *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 223, que hasta mediados del siglo XVIII, la acción por incumplimiento de una garantía respecto de un estado de los hechos era extracontractual («*ortious*»).

⁷³ Los presupuestos de admisibilidad del error en el Derecho inglés son considerablemente más estrictos que en el Derecho continental. Con carácter general, cabe afirmar que el error se restringe a la apreciación incorrecta de la realidad que, siendo común a las partes («*common mistake*»), afecta a la existencia del objeto contractual, a su identidad (en este caso también se admite el error unilateral) o a la posibilidad física o jurídica de cumplimiento del contrato. El error, esencial, es de tal calibre que el ordenamiento jurídico entiende que no hay consentimiento alguno y, por ello, se sanciona con la nulidad radical, a diferencia de otros vicios lindantes como la *misrepresentation*, que permiten anular (nulidad relativa) el contrato. Por otra parte, los errores respecto de las cualidades de las cosas, por lo general, no inciden en la validez del contrato. *Vid.* TREITEL, G.H./PEEL, E., *The Law of Contract*, 13.^a Ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2011, pp. 310-324 (§§ 8-001 a 8-020) y 338-339 (§§ 8-042-8-043).

⁷⁴ *Ibid.* nota anterior. TREITEL/PEEL, *The Law...*, *op. cit.*, p. 311 (§ 8-002). *Courtier v Hastie*, (1856) 5 HLC 673, así como la interpretación dada a la S. 6 SGA 1979, según explican TREITEL/PEEL, *The Law...*, *op. cit.*, pp. 315-316 (§ 8-009).

⁷⁵ La sentencia más notable, tal vez, es la dictada por la *High Court of Australia* en el caso *Mc Rae v Commonwealth Disposals Commission* (1951) 84 CLR 377, en el que el

De interés para la evolución del Derecho español así como de los ordenamientos de otros países europeos, es que, en el *Common Law*, no sólo pueden las partes pactar una garantía sobre una prescripción *ab initio* imposible o respecto de un estado de los hechos, existente o no, sino que, en ocasiones, esa garantía resulta del Derecho dispositivo e, incluso, imperativo. Es el caso de algunas garantías normativas implícitas denominadas «*implied terms in law*». Ejemplo paradigmático de estas últimas, en relación con las cualidades de las cosas, es la *Sale of Goods Act 1979* (SGA 1979), ley que recoge, en gran medida, preceptos que contenía la anterior *Sale of Goods Act 1893*, la cual, a su vez, asumió reglas jurisprudenciales vigentes en décadas precedentes.

La S. 14 (2) SGA 1979⁷⁶ incorpora al contenido contractual, como *implied term*, la garantía de que los bienes vendidos sean de calidad satisfactoria, cuando se trate de un vendedor profesional, resultando indistinto que el objeto transmitido pertenezca o no al ramo de comercio en el que ejerce habitualmente⁷⁷. La vinculación del vendedor se da bajo la forma más gravosa de cláusula, la «*condition*» (ex S. 14.6 SGA 1979), que permite al comprador no sólo reclamar los daños y perjuicios en caso de incumplimiento por inhabilidad del objeto –remedio preponderante en el Derecho inglés– sino, también, la resolución del contrato⁷⁸.

riesgo se atribuyó a una de las partes sobre la base de una cláusula implícita («*implied term*») deducida por la interpretación del tribunal. En el caso inglés *Great Peace Shipping Ltd v Tsavliris Salvage (International) Ltd (The Great Peace)*, [2002] EWCA Civ 1407, se introducen límites a la interpretación, con un foco en el acuerdo expreso.

⁷⁶ S. 14 (2) SGA 1979 reza: «Si el vendedor vende mercaderías en el ejercicio de un negocio, existe una cláusula implícita de que los bienes suministrados en virtud del contrato son de una calidad satisfactoria». (La traducción es propia). La relevancia que tiene, para el comprador, la obtención de la utilidad que espera de la cosa dota de importancia manifiesta a este *implied term*. Según ATIYAH, P. S., ADAMS, J. N. Y MACQUEEN, H., *The Sale of Goods*, Longman, Harlow, 2001, p. 156, la S. 14 (2) SGA 1979 es «el verdadero corazón del Derecho de compraventa».

⁷⁷ La *Sale of Goods Act 1893* imponía el *implied term* cuando se compraban bienes por descripción de un vendedor que vendía bienes de esa descripción. Se discutía si incluía a vendedores no profesionales. Lord WILBERFORCE en *Ashington Piggeries Ltd. v Christopher Hill Ltd.* [1972] AC 441, resolvió que la cláusula implícita referida a la calidad de los bienes era exigible únicamente de un vendedor profesional. La *Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973* introduce la reforma en la antigua ley, en el sentido de la sentencia citada, aspecto que recoge la vigente S. 14 (2) SGA. Vid. BRIDGE, M., *The Sale of Goods*, Oxford University Press, Nueva York, 2009, § 7.34 (pp. 418-419). La innecesariedad de que la cosa vendida pertenezca al ramo del comercio que el vendedor ejerce habitualmente se establece en *Stevenson & another v Rogers* [1999] 1 All ER 613. Vid. ATIYAH/ADAMS/MACQUEEN, *The Sale of Goods*, op. cit., p. 160. La S. 61 SGA 1979 interpreta que el término «*business*», exigencia de la S. 14 (2) SGA 1979, incluye una profesión, sin matizar que la venta deba ser del ramo en el que la profesión se ejerce, por lo que no se restringe a ella.

⁷⁸ La clasificación de las cláusulas contractuales, en el Derecho inglés, las distingue en función de sus efectos: (i) «*conditions*», las cláusulas más gravosas, que permiten resolver el contrato o (ii) «*warranties*», cuyo incumplimiento concede un remedio indemnizatorio pero no autoriza a resolver. Si las partes no determinan la categoría de una cláusula se

La calidad de los bienes incluye, por exigencia de esta condición implícita y según el caso: la utilidad para el fin al que normalmente se destinan los bienes de esa clase; su apariencia y terminación; la inexistencia de defectos menores; la seguridad; y la durabilidad de los bienes [S. 14 (2B) SGA 1979]. Por su parte, la S. 14 (3) SGA 1979 impone una cláusula implícita por la cual el vendedor profesional –sólo éste– garantiza la utilidad de los bienes para un uso específico (distinto del que es habitual en el tráfico), indicado expresa o implícitamente por el comprador⁷⁹. De esta forma, queda cubierta por la garantía la utilidad objetiva y subjetiva de los bienes adquiridos. El objeto contractual se define según su existencia ideal, siendo irrelevante para la validez del contrato que la cosa posea *ab initio* las cualidades prometidas. El contrato es válido y el vendedor queda vinculado aun cuando el objeto real carezca de dichas cualidades.

La garantía que incorpora la S. 14 SGA es una norma de Derecho dispositivo, con la peculiaridad de que las partes sólo pueden prescindir de ella si el pacto contractual que restringe o elimina sus efectos es razonable, *ex* S. 6 (3) *Unfair Contract Terms Act* 1973 (UCTA 1973)⁸⁰. En cambio, cuando el contrato se celebra entre un profesional y un consumidor, el «*implied term*» deviene imperativo. Así se establecía en la S. 6 (2) UCTA 1973, en relación con la S. 14 SGA 1979 y, en la actualidad, resulta de la S. 31 *Consumer Rights Act* 2015 (CRA 2015), respecto de la S. 9 de la misma norma.

Las garantías implícitas no se circunscriben, valga la aclaración, a los supuestos mencionados de la SGA 1979 o la CRA 2015. La *Supply of Goods and Services Act* 1982 (S. 4) y la *Supply of Goods (Implied Terms) Act* 1973 (S. 10) exigen que el bien sea útil para la finalidad contractual, incluyendo un estándar cualitativo similar al de la SGA 1979, en todo contrato que transfiera o acuerde transmitir la propiedad de una mercadería o conceda su uso a título de arrendamiento. Asimismo, la jurisprudencia ha impuesto

las considera «*intermediate terms*», que podrán ser «*conditions*» o «*warranties*», según la calificación del juez llamado a conocer del contrato.

⁷⁹ S. 14 (3) SGA 1979: «Si el vendedor vende mercaderías en el ejercicio de un negocio y el comprador, expresa o implícitamente, hace saber: (a) al vendedor (...) cualquier propósito particular para el cual adquiere los bienes, existe una cláusula implícita por la cual los bienes entregados en ejecución del contrato son razonablemente útiles para ese fin (...). (La traducción es propia).

⁸⁰ Schedule 2 UCTA 1973 incluye unas «*guidelines*» para determinar lo que se ha de entender por razonable, incluyendo: la posición de las partes y su poder en la negociación; la posibilidad que tuvo el aceptante de celebrar otros contratos similares pero sin la cláusula de limitación o exoneración de responsabilidad; en el caso de que la exclusión de la garantía se convino como sanción al incumplimiento de una condición, si era razonable prever, al tiempo de contratar, que el cumplimiento de la condición era practicable; si los bienes se fabricaron, procesaron o adaptaron por un pedido especial del cliente.

los referidos «*implied terms in law*» en diversos contratos, por ejemplo, ciertos arrendamientos de inmuebles⁸¹.

De lo expuesto se deduce, por un lado, la naturalidad y consolidación de las garantías en el Derecho inglés, y, por otro, más relevante, que no sólo las partes se encuentran facultadas para convenir una garantía que asigne, a una de ellas, el riesgo derivado de la inexistencia del bien o de ciertas cualidades en el mismo, sino que es el propio ordenamiento jurídico el que, en determinados supuestos, atribuye ese riesgo.

3. LA GARANTÍA EN EL TRASFONDO DE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO-CONTINENTAL DE CONTRATOS

El denominado proceso de «modernización» del Derecho de contratos o de obligaciones y contratos, que busca adaptar las reglas y principios decimonónicos a los tiempos actuales, está afectando de modo singular a los países de Europa continental. No quiero decir con esto que el Derecho inglés permanece inmutable, todo lo contrario, sino que debido a su particular sistema de fuentes, la evolución del ordenamiento jurídico se produce más paulatinamente que en los países de Derecho continental. En éstos, la rigidez de los Códigos civiles ha planteado una reflexión sobre su reforma, con el objetivo de brindar seguridad jurídica a la realidad contractual moderna que, en múltiples ocasiones, no encuentra adecuada cabida en el marco vigente de los mencionados cuerpos legales. Como es sabido, esa reforma ya ha tenido lugar en Alemania, los Países Bajos y, recientemente, en Francia⁸². En otros países europeos, incluido España, se han elaborado propuestas de reforma que, por el momento, carecen de efectos vinculantes⁸³. La falta de actualización de los Códigos civiles ha sido suplida, en múltiples ámbitos, por la labor jurisprudencial, tarea no siempre sencilla en

⁸¹ *Liverpool City Council v Irwin* [1977] AC 239.

⁸² En Alemania, la modernización ha implicado una reforma del BGB, ordenada por la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, 26.11.2001, Bundesgesetzblatt 2001, I, 3138. En los Países Bajos, la promulgación de un nuevo Código civil en 1992. En Francia, al igual que en Alemania, la modernización se ha llevado a cabo mediante una reforma del *Code*, establecida por la Ordonnance n.º 2016-131, de 10 de febrero, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF n.º 35 de 11 de febrero 2016.

⁸³ En España, la iniciativa más reciente corresponde a la Comisión General de Codificación, Sección Primera, «Propuesta de Anteproyecto de ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos», Boletín del Ministerio de Justicia, año XLIII, enero 2009.

sistemas jurídicos en los que los jueces no desarrollan políticas normativas.

La modernización incide en diversos aspectos del marco jurídico que rige la contratación, de los cuales, a los efectos de este trabajo nos interesa, exclusivamente, el contenido del contrato. En esta cuestión, la evolución del Derecho ha sido notable y de consecuencias relevantes⁸⁴, ya que el contenido determina las reglas a las que se vinculan las partes de un contrato. Sin embargo, el tratamiento que ha recibido en la doctrina ha sido considerablemente menor que otros temas de la teoría general del Derecho de contratos, como el incumplimiento. Esto se debe, tal vez, a que la modernización ha tenido lugar en contratos específicos o, cuando la evolución ha sido impulsada por la jurisprudencia, en ocasiones, también, en áreas generales de la formación del contrato pero sin una identificación clara con el contenido contractual.

La modernización del Derecho de contratos, en lo que respecta al contenido, está signada principalmente por dos cambios de calado respecto del *statu quo ante*: (i) una puesta en valor de las fuentes no voluntarias del contenido contractual, primordialmente, la buena fe y la ley (imperativa y dispositiva); y (ii) una admisión de la garantía contractual como contenido vinculante, que implica superar la concepción del contrato como fuente, únicamente, de deberes de prestación. El primero de los cambios –el reverdecimiento de las fuentes no voluntarias– afecta tanto al Derecho inglés como a los países de Europa continental. El segundo –la garantía–, en cambio, es propio de estos últimos ya que, como hemos puesto de manifiesto, se encuentra presente en el *Common Law* desde tiempos históricos.

Antes de desarrollar las reglas principales que traen causa de las transformaciones señaladas, quiero insistir en la novedad que supone el reconocimiento de la garantía como contenido del contrato. Su relevancia es tal que, veremos, la puesta en valor de las fuentes no voluntarias del contenido contractual –el otro cambio trascendente– tiene como consecuencia el reconocimiento de la fuerza vinculante de la garantía. Lo expuesto se justifica en las necesidades de la contratación moderna, en cuyo seno las expectativas legítimas de las partes (la causa subjetiva en sentido clásico) adquieren, de modo creciente, carácter vinculante. El tráfico es cada vez más reactivo a que el contrato no cubra esas expectativas, como puede suceder en un régimen anclado en el contrato como

⁸⁴ Para un análisis detallado, *vid.* ELIZALDE IBARBIA, F. DE, *El contenido del contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

fuente de deberes de prestación (dar, hacer, no hacer). Entre otros (muchos y diversos) motivos, la acepción decimonónica del contrato ha justificado la circulación abundante, en la práctica jurídica del Derecho continental, de modelos contractuales anglosajones que sirven para paliar esa deficiencia concreta (a través de las habituales cláusulas de «*Representations and Warranties*»⁸⁵) pero terminan por ocasionar otros problemas al incorporar verdaderos contratos «*alienos*», en la expresión de De Nova⁸⁶, a los ordenamientos jurídicos continentales.

Es innegable la influencia que ha ejercido el *Common Law* sobre los países de Derecho continental en la aceptación de la garantía como contenido del contrato y, muy especialmente, en lo que respecta a su reconocimiento como regla contractual de Derecho dispositivo o, en menor medida, imperativo. Como hemos puesto de manifiesto, es propio del *Common Law* admitir la garantía contractual, siendo válidas, incluso, aquellas que recaen sobre situaciones de hecho inexistentes (por ejemplo, cualidades que la cosa no posee). La recepción de esta regla en los sistemas continentales parece encontrarse en la base de la modernización.

Si bien resulta siempre complicado calibrar la influencia de las distintas causas en la producción de un resultado, constituye opinión comúnmente aceptada que la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena, el 11 de abril de 1980 (en adelante,

⁸⁵ En el *Common Law*, las *Warranties* contractuales también intentan cubrir la falta de garantía legal, siendo innecesarias cuando el sistema las contempla, por ejemplo, en supuestos cubiertos por la SGA 1979. En cuanto a las *Representations*, facilitan remedios pre-contractuales. Su inclusión en el contrato responde, entre otros motivos, a la imposibilidad histórica de ejercitar la acción de anulación basada en una *Misrepresentation* cuando la información pre-contractual (*Representation*) se incorporaba al contrato. Esto ha quedado sin efecto a partir de la *Misrepresentation Act 1967* (S. 1).

⁸⁶ DE NOVA, G., *Il contratto alieno*, Giappichelli, Turín, 2010, p. 47 y ss. Los contratos «*alienos*» no son contratos atípicos sino, por el contrario, contratos nominados (como la compraventa) con estructura y regulación foránea. Respecto de la compraventa, afirma DE NOVA, G., *Il Sale Purchase Agreement: un contratto commentato*, Giappichelli, Turín, 2016, p. 11, que «*l'interprete di uno SPA deve decodificare il testo del contratto secondo le categorie giuridiche e linguistiche del diritto angloamericano (...), e riqualificare le sue norme secondo le categorie giuridiche del diritto che regola il contratto (...)*». Tarea semejante corresponde realizar en cualquier otro ordenamiento respecto de los contratos «*alienos*». La recepción de modelos contractuales extranjeros no es privativa de los países de Derecho continental. Dichos modelos son primordialmente de origen inglés y estadounidense, que también han irrumpido en la práctica jurídica de otros países del *Common Law*, en donde asimismo se los considera como «*trasplantes legales*» («*legal transplants*»). Vid., al respecto, AFSHARIPOUR, A., «*Legal Transplants in the Law of the Deal: M&A Agreements in India*», *Legal Studies Research Paper Series*, University of California, Davis, School of Law, n.º 469, diciembre 2015, pp. 19 y 26. Accesible en: <http://ssrn.com/abstract=2686718>.

CISG, según sus siglas en inglés, con las que comúnmente se la identifica)⁸⁷ representa un pilar sólido de la convergencia de sistemas jurídicos que, por influencia del *Common Law*, acaba incorporando la garantía (en este caso, de conformidad del bien con el contrato) en países de sistemas continentales que adoptaron la Convención como Derecho interno. En el ámbito europeo, los *Principles of European Contract Law* (PECL), con su rechazo a la imposibilidad inicial de la prestación como causa de invalidez (art. 4:102) y la Directiva 99/44/CE⁸⁸, que introdujo la garantía de conformidad en las compraventas de consumo (bienes muebles), consolidaron el camino.

No es de extrañar, entonces, que la reforma del BGB alemán no sólo incorporara el principio de conformidad (en la compraventa y en el contrato de obra, *ex* § 433 y ss. y § 633 BGB) sino que reformara el § 276 BGB, ubicado en la parte general del Derecho de obligaciones, para incluir expresamente la responsabilidad derivada de una garantía⁸⁹. La reforma francesa (2016) es menos clara. El nuevo art. 1166 CC tiene en cuenta las expectativas legítimas de las partes en la determinación de las cualidades exigibles en la prestación, lo cual podría interpretarse como una garantía. Pero, a la vez, mantiene inalterado el tradicional sistema de los vicios ocultos que, por el contrario, no garantiza esas cualidades aunque la jurisprudencia lo haya ido erosionando a través de excepciones. En países como España o Italia, en los que el legislador no ha tomado la iniciativa de reforma, es también la jurisprudencia la que ha impulsado el reconocimiento de la garantía, además de la normativa internacional y europea mencionada anteriormente.

Expongo a continuación aquellas transformaciones del contenido contractual que, a mi entender, son las principales que se derivan del proceso modernizador, todavía en marcha. Algunas de ellas las he desarrollado detenidamente en otro trabajo⁹⁰ por lo que, respecto de las mismas, me limitaré a señalar sus aristas más destacadas.

⁸⁷ España adhiere a la CISG mediante instrumento de adhesión de 17 de julio de 1990, posteriormente ratificada y publicada en el BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991.

⁸⁸ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, DO 1999 L 171/12.

⁸⁹ *Vid.* ZIMMERMANN, R., *The New German Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 50-51.

⁹⁰ ELIZALDE IBARBIA, *El contenido...*, *op. cit.*

3.1 LA GARANTÍA DE UTILIDAD DE LA COSA ESPECÍFICA EN LA COMPRAVENTA. DEL OBJETO REAL AL IDEAL

El problema de la imposibilidad inicial parcial (no absoluta) de la prestación se presenta en los Códigos civiles tradicionales –como hemos expuesto–, cuando un contrato obliga a dar una cosa específica, cuyo arquetipo es la compraventa. En ella, el vendedor se encuentra obligado a entregar la cosa tal cual existe en la realidad (arts. 1461 y 1468 CC), sin vinculación por la utilidad del objeto –comprensiva de sus cualidades–. Los vicios y defectos que pudieran hallarse en la cosa únicamente habilitan el régimen especial de las acciones de saneamiento que conceden dos remedios: la rescisión del contrato o la reducción del precio.

La evolución del Derecho continental, a este respecto, se ha puesto de manifiesto en el reconocimiento de una garantía contractual por la cual el vendedor queda vinculado a entregar una cosa con la utilidad esperable por el comprador, que reúna las cualidades atendibles. De este modo, la compraventa moderna ya no considera el objeto como el realmente existente sino conforme a su diseño por el contrato, integrado según criterios legales.

La transformación de los ordenamientos jurídicos ha tenido lugar, a nivel europeo y mundial, por medio del principio o garantía de conformidad. Adicionalmente, la jurisprudencia española (y la de otros países del entorno, por sendas similares) ha admitido la garantía de habilidad del objeto a través de la doctrina del «*aliud pro alio*».

3.1.1 La garantía de conformidad

Con la expresión «principio de conformidad»⁹¹ o «garantía de conformidad» nos referimos en este apartado a la exigencia legal por la cual se obliga a la parte que debe entregar una cosa a que la misma sea conforme con el contrato⁹². En aplicación de este prin-

⁹¹ Lo denomina así la Directiva 1999/44, en sus Considerandos (7) y (8), afirmando en el primero que: «el principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales». Esta afirmación no es del todo acertada, por la vigencia en muchos países de la Unión Europea, del saneamiento como sistema especial de responsabilidad por los defectos de las cosas vendidas. Así lo señala MORALES MORENO, «Adaptación...», *op. cit.*, p. 97, aunque subraya que la presencia del principio de conformidad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos puede predicarse de la ratificación de la CISG, de la cual proviene la exigencia de conformidad.

⁹² Cfr. VERDA Y BEAMONTE, J. R., «La no conformidad en la Convención de Viena», en J. A. Gaitán Martínez y F. Mantilla Espinosa (Dirs.), *La terminación del contrato*, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2007, p. 317.

cipio, la entrega de un bien que no se corresponda con el objeto programado por las partes en el contrato⁹³, constituye un incumplimiento contractual⁹⁴.

Es un concepto que se acuña en la CISG, que introduce una forma de vinculación, respecto de las cualidades de la cosa⁹⁵, superadora de las diferencias que existen entre los sistemas continentales (de raigambre latina o germana) y los ordenamientos entroncados en el *Common Law*⁹⁶.

La exigencia de conformidad se extiende, en la Unión Europea, a las compraventas internas pero exclusivamente de consumo, por medio de la Directiva 1999/44/CE⁹⁷ –transpuesta en España por la Ley 23/2003, actualmente incluida en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, llevada a cabo por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; en adelante, TRLGDCU⁹⁸–.

Dado que ambas normas –la CISG y la Directiva 1999/44/CE– forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, el principio de conformidad comprende y se circunscribe, en el Derecho vigente, a dos modalidades del contrato de compraventa: la compraventa internacional de mercaderías y la venta de consumo. En otros ordenamientos, como el italiano o el portugués, la garantía de conformidad se extiende a los arrendamientos de bienes de consumo⁹⁹ y,

⁹³ Cfr. SAN JULIÁN PUIG, *El objeto...*, *op. cit.*, p. 89.

⁹⁴ En este sentido, afirma FENYO PICÓN, N., *El sistema de protección del comprador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 23: «(...) el vendedor incumple el contrato si el objeto que materialmente entrega (*el objeto real*) no se ajusta al objeto diseñado en el contrato (*el objeto ideal*). A ese incumplimiento se lo denomina *falta de conformidad o no conformidad del bien entregado* (...)».

⁹⁵ Al respecto, el art. 35.1 CISG establece: «El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada en el contrato». Para esta traducción, utilizo la versión castellana de la CISG, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf> (visitada el 27/09/2016).

⁹⁶ Cfr. MORALES MORENO, «Comentario al art. 35», *op. cit.*, p. 289; y FENYO PICÓN, *El sistema...*, *op. cit.*, p. 40. Aunque la solución que se adopta es ciertamente cercana a la del *Common Law*. *Vid.*, por ejemplo, la regulación de la S. 14 SGA 1979 respecto de las ventas realizadas por un profesional. Compara el art. 35 CISG con el art. 14 SGA 1979, BRIDGE, M., «The UK Sale of Goods Act, the CISG and the Unidroit Principles», en P. Šarčević y P. Volken (Ed.), *The International Sale of Goods Revisited*, Kluwer, La Haya, 2001, pp. 147-149.

⁹⁷ Directiva 1999/44, cuyo art. 2.1 establece: «El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa».

⁹⁸ El art. 114 TRLGDCU establece: «El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto».

⁹⁹ En Italia, *vid.* art. 128.1 del Código de Consumo de 2005 y en Portugal, *vid.* art. 1.º-A.2. del Decreto Ley 67/2003 (según redacción dada por el Decreto Ley 84/2008), que extienden la exigencia de conformidad a los arrendamientos de consumo. Al respecto, CÁMARA LAPUENTE, S., *El arrendamiento de bienes muebles*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 229-232, sugiere, de *lege ferenda*, que el legislador español extienda el ámbito de aplicación del principio de conformidad a los arrendamientos de consumo, con

en el Derecho alemán, rige no sólo para cualquier compraventa –de consumo o no; sobre bienes muebles e inmuebles– sino también en el contrato de obra¹⁰⁰.

El principio de conformidad conlleva una manera distinta –en relación con el Código Civil– de relacionar las cualidades del objeto con el contenido contractual, por la cual aquéllas adquieren fuerza vinculante, se garantizan. Es, por ello, un régimen diferente del que resulta de aplicar el saneamiento por vicios ocultos, el cual asume una falta de vinculación del deudor por las cualidades del objeto. El principio de conformidad y las acciones edilicias reflejan, por tanto, soluciones normativas incompatibles¹⁰¹.

La extensión de las cualidades exigibles en el objeto (la conformidad) se determina, en primer lugar, por la autonomía de la voluntad y, en su defecto, por criterios legales de integración del contenido contractual.

Respecto de estos últimos, cabe destacar la similitud de las reglas que delinean el principio de conformidad, cualquiera sea el ámbito de aplicación de la normativa que lo regula. Esta semejanza se torna en identidad cuando se trata de la trasposición de la Directiva 1999/44/CE, bien estrictamente, como el TRLGDCU o, extendiendo su aplicación como en el caso del Derecho alemán. Alguna diferencia –menor– se encuentra, en cambio, entre la normativa que encuentra su fuente de inspiración en la Directiva y la CISG.

La coincidencia regulatoria existe en la exigencia de que las cosas deben ser aptas para los usos a los que habitualmente se destinan¹⁰² o para el uso especial indicado por el comprador (con relevancia contractual)¹⁰³. Así, el principio de conformidad incluye la utilidad objetiva y la utilidad subjetiva en el contenido del contrato.

quien coincide SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «Nota crítica a «Cámara Lapuente, S., El Arrendamiento de Bienes Muebles»», *ADC*, 2008, p. 2001.

¹⁰⁰ § 434 y § 633 BGB.

¹⁰¹ Así lo entiende, respecto de las ventas de consumo, FENOY PICÓN, *El sistema...*, *op. cit.*, pp. 41-42. Y, en relación con la CISG, MORALES MORENO, «Comentario al art. 35», *op. cit.*, p. 294.

¹⁰² Art. 35.2.a CISG y art. 2.2.c Directiva 1999/44/CE (art. 116.1.b TRLGDCU).

¹⁰³ Art. 35.2.b CISG y art. 2.2.b Directiva 1999/44/CE (art. 116.1.c TRLGDCU). *Vid.*, al respecto, MARCO MOLINA, J., «La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de la venta de consumo. Su incorporación al Derecho civil español y al Derecho civil catalán», en *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, F. Badosa Coll/E. Arroyo i Amayuelas (Coords.), Tirant, Valencia, 2006, pp. 172-177, así como su trabajo previo, «La incorporación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, AAVV, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 2436-2441, en donde destaca que la Directiva no establece un orden jerárquico entre la utilidad objetiva y la subjetiva, a diferencia de la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2011 («*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*»), que prioriza la utilidad subjetiva.

De esta manera, la finalidad contractual –expresada en la utilidad que reporta el objeto– alcanza fuerza vinculante.

También comparten la CISG y la Directiva 1999/44/CE –así como las normas que la transponen o que se inspiran en ella–, como criterio de integración legal del contrato respecto de las cualidades de la cosa, que el objeto entregado debe ajustarse a la muestra o modelo presentados por el vendedor¹⁰⁴.

Difieren en que la CISG exige, como requisito para la conformidad, que las mercaderías se encuentren envasadas o embaladas en la forma habitual¹⁰⁵, aspecto que la Directiva 1999/44/CE no menciona. Ésta, por su parte, incluye en las cualidades del objeto la descripción del vendedor¹⁰⁶ y las declaraciones públicas sobre sus características, hechas por el propio vendedor, el productor (que incluye al fabricante y al importador) o su representante¹⁰⁷.

Por último, tanto la CISG como la Directiva 1999/44/CE –y también el TRLGDCU así como el Derecho alemán–, exigen al vendedor de la obligación de entregar un bien conforme si, al tiempo de contratar, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la falta de conformidad¹⁰⁸. Esta excepción introduce la confianza –o más bien, la falta de ella– en la integración del vínculo, adecuando el principio de conformidad a las exigencias de la buena fe¹⁰⁹, ya que una aplicación automática y absolutamente objetiva del mismo, que no tuviera en cuenta la conducta del comprador, podría dar lugar a abusos.

El principio de conformidad ha sido asumido por el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)¹¹⁰, así como por la Propuesta de Reglamento CESL¹¹¹ y la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los con-

¹⁰⁴ Art. 35.2.c CISG y art. 2.2.a Directiva 1999/44/CE (art. 116.1.a TRLGDCU).

¹⁰⁵ Art. 35.2.d CISG.

¹⁰⁶ Art. 2.2.a Directiva 1999/44/CE (art. 116.1.a TRLGDCU).

¹⁰⁷ Art. 2.2.d Directiva 1999/44/CE (art. 116.1.d TRLGDCU).

¹⁰⁸ Art. 35.3 CISG; art. 2.3 Directiva 1999/44/CE (art. 116.3 TRLGDCU); y § 442 BGB.

¹⁰⁹ Así lo entiende MORALES MORENO, A. M., «STS de 18 de febrero de 1994. Compraventa de local para instalar un supermercado: existencia de normas que impiden ese destino. Error de los compradores: carácter esencial, excusabilidad (error imputable al vendedor). Nulidad del contrato: restitución. Incumplimiento (*aliud pro alio*): Resolución», *CCJC*, 1994, pp. 627-628: «La buena fe impone valorar la conducta de los contratantes, antes de atribuir a uno de ellos, sin culpa, el riesgo de que el objeto sea distinto del previsto en el contrato. Lo demuestra el CC, en su tratamiento del saneamiento por vicios ocultos (cfr. Art. 1484, *in fine*), que nadie duda tiene un supuesto altamente objetivado (art. 1.485); y también lo demuestra la Convención de Viena (cfr., por ej., arts. 35.3, 40 CV)».

¹¹⁰ El DCFR extiende el principio de conformidad más allá de la compraventa. *Vid.* arts. IV.A. 2:301, IV.A. 2:302, IV.C. 3:104, IV.C. 5:105 y IV.C. 6:104.

¹¹¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM (2011) 635 final.

tratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes¹¹².

3.1.2 La doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*¹¹³

Con anterioridad a la incorporación (parcial) del principio de conformidad al ordenamiento español, y de forma paralela desde entonces, la jurisprudencia ha reconocido una garantía contractual implícita en determinados contratos de compraventa.

En efecto, el Tribunal Supremo inició, con su sentencia de 23 de marzo de 1982¹¹⁴, la conformación de un nutrido cuerpo jurisprudencial cuya doctrina subsiste inalterada hasta nuestros días y que consiste en conceder las acciones generales del incumplimiento (arts. 1096, 1101 y 1124 CC) como remedio de la inhabilidad del objeto entregado por el vendedor, en el marco del contrato de compraventa, desplazando al régimen específico de las acciones edilicias (art. 1484 CC y ss. para las compraventas civiles y art. 342 CCom para las compraventas mercantiles): la doctrina del *aliud pro alio*¹¹⁵.

La categoría jurídica del *aliud pro alio* engloba dos supuestos que conviene diferenciar: (i) la entrega de un objeto materialmente distinto y (ii) la entrega de un objeto inhábil para la finalidad de la compra. En tiempos recientes la aplicación de la doctrina se ha extendido a supuestos distintos de los expuestos –deficiencias en la información pre-contractual, por ejemplo– pero, por el momento, nos referimos exclusivamente al *aliud pro alio* como sanción por el incumplimiento objetivo, es decir, al *aliud pro alio* en sentido estricto¹¹⁶.

¹¹² COM (2015) 635 final.

¹¹³ Este apartado se basa en ELIZALDE IBARBIA, *El contenido...*, op. cit., Capítulo Segundo, cuyos aspectos más relevantes se reproducen.

¹¹⁴ RJ 1982, 1500. En realidad, la primera sentencia que menciona la doctrina del *aliud pro alio*, tal como la conocemos, es la STS de 12 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1372). Sin embargo, no es operativa (a efectos de doctrina jurisprudencial, ex art. 1.6 CC) ya que el Tribunal Supremo considera que no resulta aplicable, encuadrando el caso en los vicios ocultos.

¹¹⁵ La complejidad de esta materia queda resumida en la filosa expresión de ORTI VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002, p. 29: «Si tuviésemos que describir en pocas palabras la jurisprudencia española en materia de defectos en la compraventa, habría que decir que está sumida en la más absoluta incertidumbre, provocada por las contradicciones y oscuridad de las soluciones. Contradicciones, porque mientras que en unos casos aplica las reglas generales sobre incumplimiento, en otros vuelve a aplicar la normativa del saneamiento. Oscuridad, por los criterios que utiliza para justificar la ruptura con la normativa del saneamiento y aplicar la del incumplimiento».

¹¹⁶ Así lo hemos denominado en ELIZALDE IBARBIA, *El contenido...*, op. cit., p. 133.

Respecto de la primera acepción –la entrega de un objeto materialmente distinto–, la labor jurisprudencial no supone, en relación con el contenido contractual, una desviación respecto del sistema codificado por cuanto, en el mismo, el vendedor está obligado a entregar una cosa materialmente idéntica a la pactada (arts. 1166.I, 1461 y 1468.I CC y art. 336 CCom). Por ende, la doctrina del *aliud* no representa, en este respecto –la formación del vínculo contractual–, una innovación, sin perjuicio de que influya en la ejecución del contrato, principalmente, en el abanico de remedios del comprador (v. gr. incorporando el derecho de reparación¹¹⁷, ausente en el Código Civil) y en las consecuencias de la especificación de los bienes vendidos (que deviene indiferente en los remedios de los que dispone el comprador ya que se parte de un modelo único de compraventa).

Es en la vertiente funcional del *aliud pro alio*, que sanciona como incumplimiento la entrega de un objeto inhábil, donde reside la originalidad de la doctrina jurisprudencial ya que integra en el contenido del contrato la garantía de un objeto útil, que sea apto para satisfacer al comprador. Si bien es verdad que la doctrina jurisprudencial se plantea en sede de incumplimiento del contrato, no es menos cierto, como afirma Fenoy Picón, que si la inhabilidad del objeto supone un incumplimiento es porque el Tribunal Supremo reconoce implícitamente que el vendedor garantiza la entrega de una cosa útil para el comprador¹¹⁸. En virtud de la doctrina del «*aliud pro alio*» la finalidad práctica contractual, cuya consecución satisface objetivamente al comprador, deja de ser una presuposición del contrato –como ocurre en el sistema del Código civil– para pasar a integrar su contenido vinculante.

Este modo de concebir la obligación del vendedor conlleva una manera distinta de entender el objeto del contrato, al que no se lo trata ya según su existencia real –como sucede en el Código civil– sino conforme a su configuración ideal¹¹⁹, que tiene en cuenta la funcionalidad que el contrato le asigna¹²⁰. De este modo se superan

¹¹⁷ V. gr. STS de 9 de julio de 2007 (RJ 2007, 5433), en la que se condenó a la promotora-vendedora a reparar unos trasteros con problemas de ventilación.

¹¹⁸ FENYO PICÓN, N., «STS de 10 de julio de 2003. Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC; Incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador; Inexistencia de vicios ocultos; Incumplimiento esencial», *CCJC*, 2005, p. 534.

¹¹⁹ Vid. MORALES MORENO, «Adaptación...», *op. cit.*, pp. 101-103.

¹²⁰ En este sentido, FENYO PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España, Madrid, 1996, pp. 183-184, afirma: «Este segundo argumento jurisprudencial [el funcional] tiene en cuenta que el objeto entregado por el vendedor es inútil, no apto o inhábil para una determinada finalidad. En otras palabras, tiene presente la función o el destino que el objeto desempeña. Esta forma de razonar es conoci-

los problemas de imposibilidad inicial de la prestación. El vendedor garantiza un determinado estado de los hechos, que incluye las cualidades del objeto necesarias para la satisfacción del comprador, con independencia de su existencia en la realidad. La falta de cualidades permite al comprador solicitar el cumplimiento específico o, en su defecto, indemnización de los daños y perjuicios (art. 1124 CC).

Son contradictorios y, en el mejor de los casos, confusos, los criterios que aplica el Tribunal Supremo para vincular al vendedor por la utilidad de la cosa, llegándose incluso a afirmar por el Alto Tribunal que no existe una «norma general o programática»¹²¹ que sirva para delimitar los supuestos en los que se reconoce una garantía implícita de la habilidad del objeto respecto de aquellos casos en los que, por el contrario, tal garantía no resulta exigible.

El Tribunal Supremo reitera sistemáticamente en su jurisprudencia que el criterio definidor del *aliud pro alio*, en contraposición al saneamiento por vicios ocultos (que implica la ausencia de garantía), es la entrega de un objeto distinto, inhábil, que produce la insatisfacción del comprador. De este modo, la funcionalidad del objeto –su utilidad– es considerada, por el Alto Tribunal, como el parámetro de distinción¹²².

Algunas sentencias parecen exigir un requisito que calificaría la inhabilidad del objeto: que la misma conlleve un «pleno incumplimiento» del contrato que produzca la «insatisfacción total» del comprador¹²³. Interpretando los términos en sentido literal, sólo concurriría un «*aliud pro alio*» cuando el objeto entregado fuera totalmente inútil. Una corriente jurisprudencial minoritaria transita por esa senda¹²⁴, dando a entender que no concurre un supuesto de prestación diversa (un *aliud*) a menos que el objeto sea absolutamente inútil para el comprador. A la inhabilidad objetiva se añadiría, así, la gravedad máxima del defecto y, unidos, servirían para distinguir el «*aliud pro alio* de los vicios ocultos»¹²⁵.

da en la doctrina como el «criterio funcional» de identificación del objeto debido». Lo indicado entre corchetes me pertenece.

¹²¹ STS de 23 de enero de 1998 (RJ 1998, 124).

¹²² V. gr., en este sentido, las SSTS de 20 de febrero de 1984 (RJ 1984, 693), 28 de enero de 1992 (RJ 1992, 273) ó 31 de julio de 2002 (RJ 2002, 8436), entre muchas.

¹²³ Vid. en este sentido las SSTS de 23 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1500) y 5 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8615).

¹²⁴ Me refiero a las SSTS de 15 de abril de 1987 (RJ 1987, 2710); 6 de abril de 1989 (RJ 1989, 2994); 14 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4121) y 17 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1621). Como advierte ORTI VALLEJO, *Los defectos...*, op. cit., p. 44, esta corriente jurisprudencial es minoritaria.

¹²⁵ Pone de manifiesto las dificultades de esta justificación doctrinal para distinguir un supuesto de vicios ocultos de un *aliud pro alio*, ORDÁS ALONSO, M., *Aliud pro alio, saneamiento por vicios ocultos y compraventa de productos de consumo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 88-92.

Sin embargo, la *ratio decidendi* de la mayoría de las sentencias que resuelven con base en la doctrina del «*aliud pro alio*», prescindien del requisito de la gravedad máxima, bastando con que la anomalía produzca la inhabilidad del objeto (no necesariamente absoluta) para cumplir la finalidad para la que se vendió y la consecuente insatisfacción del comprador¹²⁶. Se aclara, incluso, que para ello «es suficiente una *cierta gravedad* obstativa para el normal disfrute de la cosa (...) o que convierta el uso en gravemente irritante o molesto (...)»¹²⁷. (La cursiva es mía).

Por consiguiente, el criterio de distinción entre un *aliud pro alio* y un supuesto de vicios ocultos responde, según el Tribunal Supremo, a que la anomalía cualitativa produzca la inhabilidad objetiva. No se exige una entidad máxima del defecto aun cuando la falta de aptitud del objeto presupone *per se* una cierta gravedad del vicio¹²⁸ (que, reitero, no conduce necesariamente a una inutilidad total del objeto).

El criterio funcional –la inhabilidad del objeto– que adopta el Tribunal Supremo para distinguir un supuesto de prestación diversa (la entrega de un *aliud pro alio*) de un defecto regido por los

¹²⁶ Vid. STS de 9 de julio de 2007 (RJ 2007, 5433), entre muchas. Se trataba de una compraventa de vivienda con garaje y trastero (este último presentaba un alto grado de humedad por falta de ventilación). El recurrente (vendedor) alegó en casación que la acción por incumplimiento requiere un incumplimiento grave que, a su entender, no concurría por afectar a un elemento anejo del objeto principal (la vivienda). La Audiencia Provincial considera que el trastero es un elemento con valor sustancial y el Tribunal Supremo confirma esta interpretación con base en que de los tres elementos vendidos, uno carecía de utilidad para el comprador. Parece claro, a mi criterio, que la insatisfacción del comprador no era total respecto del objeto contractual ya que no se aprecian defectos en la vivienda ni en el garaje. De la STS de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 3018) parece deducirse que si el defecto es susceptible de reparación no impide obtener la utilidad que motivó la compra y, por tanto, no concurriría el *aliud pro alio*. Comenta esta sentencia RUBIO GARRIDO, T. «STS de 22 de abril de 2004. Saneamiento por vicios ocultos. Resolución del contrato por incumplimiento. Acciones redhibitoria y estimatoria. *Aliud pro alio*. Prueba pericial obligatoria, lucro cesante y daño moral. Saneamiento en compraventa de universidad de cosas o en globo», *CCJC*, 2005, pp. 183-196. Lo que pretende el Tribunal Supremo en esta sentencia, a mi criterio, es evitar la acción resolutoria y construir un sistema semejante al del principio de conformidad, que incluya la utilidad en la regla contractual pero asocie al incumplimiento un sistema de remedios, tal vez jerárquico, como el de la Directiva 1999/44/CE, que no concede como remedio necesario del incumplimiento la resolución.

¹²⁷ STS de 9 de julio de 2007 (RJ 2007, 4679). En el mismo sentido la STS de 15 de julio de 1987 (RJ 1987, 5793), en la que se aplicó la doctrina del *aliud pro alio* a unas plazas de garaje que se podían utilizar pero su uso exigía de los conductores que realizaran varias maniobras. Afirma el Tribunal Supremo que el concepto «plaza de garaje» incluye no sólo un espacio para aparcar sino un espacio para «aparcar con holgura».

¹²⁸ REGLERO CAMPOS, F., «STS de 10 de marzo de 1994. Compraventa. Demanda reconvenzional de saneamiento por vicios ocultos. Plazo: prescripción y caducidad», *CCJC*, 1994, p. 715, deduce del análisis jurisprudencial la influencia de la gravedad del defecto: «Cuando el defecto o el vicio no sean de especial gravedad, la jurisprudencia tiende a encuadrar el supuesto dentro del ámbito de los «vicios», mientras que cuando implica una insatisfacción objetiva del interés del comprador se inclina por la tesis del incumplimiento, generalmente por falta del requisito de identidad (*aliud*)».

vicios ocultos, es manifiestamente inútil, como destacan, con acierto, los autores que se han ocupado del tema con mayor detenimiento¹²⁹.

La jurisprudencia afirma que se está en la hipótesis de un *aliud por alio* cuando se entrega un objeto inútil para la finalidad contractual. Sin embargo, este mismo criterio es el que considera el régimen de los vicios ocultos para responsabilizar al vendedor que transmite una cosa defectuosa, según establece el art. 1484 CC: «El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida *si la hacen impropia para el uso a que se la destina o si disminuyen (...) este uso (...)*». (La cursiva es mía).

El concepto de vicio comprende la inutilidad –total o parcial– del objeto para cumplir la finalidad del contrato¹³⁰. Como se aprecia, es el mismo baremo que sigue el Tribunal Supremo cuando considera que se entrega un *aliud por alio* (que supone un incumplimiento del contrato) y, por ello, descarta las acciones de saneamiento.

En consecuencia, la inhabilidad del objeto no sirve como regla para distinguir los supuestos en los que se exige del vendedor la entrega de una cosa con unas determinadas cualidades –cuya ausencia, que supone un incumplimiento del contrato, sanciona la doctrina del *aliud*– de aquellos casos en que ese estándar no se exige del vendedor –pero su falta conlleva la responsabilidad específica de las acciones edilicias–¹³¹.

¹²⁹ FENOY PICÓN, «STS de 10 de julio de 2003...», *op. cit.*, p. 535; la misma autora en *Falta de conformidad...*, *op. cit.*, pp. 205-207. ORTI VALLEJO, *Los defectos...*, *op. cit.*, pp. 38-39. VERDA Y BEAMONTE, J. R. DE, *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 338-340. VERDA Y BEAMONTE, J. R. DE, «Algunas reflexiones a propósito de la transposición de la 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, en el Derecho español, operada por la Ley 23/2003, de 10 de julio», en *La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro*, M. J. Reyes López (Coord.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 240, en la que afirma: «Basta leer el art. 1484 CC para comprender que todos y cada uno de los defectos que el Tribunal Supremo ha considerado como constitutivos de un supuesto de entrega de *aliud pro alio* son, en realidad, casos evidentes de vicios redhibitorios, que tienen un clarísimo encaje en el precepto, ya que hacen la cosa «impropia para el uso a que se la destina». En el mismo sentido, LLÁCER MATA CÁS, M.^a R., «STS de 8 de abril de 1992. Legitimación del comunero para comparecer un juicio [sic] en asuntos afecten a la comunidad. Acción de incumplimiento de contrato por entrega de *aliud pro alio*; diferencia con las acciones de saneamiento por vicios ocultos», *CCJC*, 1992, p. 490.

¹³⁰ Al respecto, *vid.* MORALES MORENO, «El alcance protector...», *op. cit.*, p. 655.

¹³¹ Es por ello que, siguiendo este criterio, muchos supuestos de vicios ocultos podrían ser casos de *aliud pro alio*, como destaca BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., «STS de 6 de marzo de 1985. Compraventa: incumplimiento del vendedor: distinción entre *aliud pro alio* y cosa con vicios. Acción de cumplimiento y acción de saneamiento por vicios», *CCJC*, núm. 8, 1985, pp. 2476-2478.

La inutilidad del criterio que afirma seguir el Tribunal Supremo no nos permite establecer una forma segura de discriminar entre un *aliud pro alio* y un caso de vicios ocultos. O, lo que es igual, un supuesto en el que la utilidad del objeto se incorpora al contenido del contrato (*aliud*) de otro en el que no (vicios).

Esta situación genera inseguridad jurídica –en contra de lo establecido en el art. 9.3 CE– ya que impide a las partes contratantes prever, siquiera mínimamente, las consecuencias de sus actos ni el alcance de la vinculación contractual. Lo que nos conduce a explorar otras formas de justificar la incorporación de la utilidad al contenido del contrato, eficacia que se deriva de la doctrina del *aliud pro alio*.

Parece claro, del sustrato fáctico de las sentencias, que el recurso al *aliud pro alio* sirve comúnmente para eludir el breve plazo de caducidad de las acciones de saneamiento¹³². Pero, desde la óptica del contenido contractual y de la referida seguridad jurídica, esta constatación poco aporta. No contribuye a la certeza contractual que las partes no sepan con cierta precisión, al tiempo de perfeccionarse el contrato, si el vendedor se encuentra obligado a entregar la cosa con determinadas cualidades (cuya ausencia supondrá un incumplimiento por mor de la doctrina del *aliud pro alio*) o no.

Teniendo en cuenta lo expuesto, considero que existe una razón común que puede servir para explicar en qué casos el vendedor garantiza la utilidad del objeto y en cuáles no. Tras analizar pausadamente la jurisprudencia, constato –como algunos autores¹³³– que

¹³² CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 905.

¹³³ PRATS ALBENTOSA, L., «La entrega de cosa diversa a la pactada (*aliud pro alio*) como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, de 20 de noviembre de 1991 y 28 de enero de 1992)», *Revista General de Derecho*, 1992, p. 5095, afirma, en relación con la doctrina del *aliud pro alio* que: «El Tribunal Supremo ha dado lugar con esta doctrina a una jurisprudencia fundada en razones de justicia material, una jurisprudencia de intereses destinada a ofrecer, mediante la admisión de la aplicación de las reglas generales del incumplimiento contenidas en los artículos 1101 y 1124 del Código Civil, una mayor protección, de modo general, al comprador-consumidor de cosas genéricas fabricadas en serie o en masa, frente al fabricante-comerciante-vendedor de tales productos». Comparto con el autor citado la importancia de la condición del vendedor en la aplicación del *aliud pro alio*; en cambio, entiendo que su aplicación excede la compraventa genérica. FENOY PICÓN, *Falta de conformidad...*, *op. cit.*, p. 203, se fija en la condición de las partes y concluye que: «no son compraventas entre simples particulares, sino que lo normal es que el vendedor sea un perito en el objeto enajenado, no siéndolo en ese concreto tráfico el comprador. En otras palabras, el adquirente se encuentra en una situación de inferioridad, en comparación con la información y conocimiento que del objeto posee o debe poseer el vendedor, y de aquí que necesariamente aquél tenga que confiar en éste. Por ejemplo, el vendedor es el fabricante del bien, o el constructor o/y promotor del inmueble o un comerciante profesional del ramo». Al igual que manifesté respecto de PRATS ALBENTOSA, coincido con las conclusiones de esta autora en lo que respecta a la condición del vendedor y a su relevancia en la aplicación del *aliud pro alio*. En cambio, no creo que las consideraciones sobre el conocimiento y la información relativa de las partes sean necesarias en el

en la inmensa mayoría de las sentencias operativas a efectos de doctrina jurisprudencial, el vendedor interviene en la fabricación del bien, ya sea de modo directo –fabricante, constructor o productor– o bien, indirecto, como responsable de organizar la elaboración –v. gr. el promotor de viviendas¹³⁴– o con alguna otra vinculación especial¹³⁵. En las restantes, y si bien las circunstancias fácticas no siempre se detallan exhaustivamente, el vendedor es un comerciante, y el objeto del contrato, una cosa nueva. Reitero que me refiero, exclusivamente, a lo que he denominado *aliud pro alio* en sentido estricto.

De esta manera, el Tribunal Supremo incorpora la utilidad del objeto al contenido del contrato en función de la condición del vendedor, que participa en la elaboración del objeto o es un vendedor profesional, dedicado al comercio de las cosas que vende. En ambos supuestos, el objeto vendido es una cosa nueva¹³⁶, respecto de la que se garantizan las cualidades que satisfacen al comprador.

análisis del *aliud pro alio* en sentido estricto. Las afirmaciones de FENOY PICÓN son acertadas, dentro de su esquema argumental (y el objeto de su trabajo), ya que no tiene en cuenta la distinción entre *aliud pro alio* en sentido estricto y el *aliud* como fuente de responsabilidad por defectos de información, que nosotros entendemos relevante en la construcción del contenido del contrato.

¹³⁴ La mayor parte de los defectos de inmuebles se resuelven aplicando el art. 1591 CC, aunque algunas sentencias utilizan el cauce del art. 1101, sancionado la entrega de una prestación diversa. El efecto es similar: una garantía de quien transmite la vivienda referida a su utilidad, incorporando al contrato la funcionalidad del objeto. Aplican el art. 1591 CC, entre otras, las SSTS de 16 de febrero de 1985 (RJ 1985, 558); 17 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4312); 19 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8843) ó 28 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3437). Resuelven por aplicación del art. 1101 CC, las SSTS de 12 de abril de 1993 (RJ 1993, 2997); 29 de abril de 1994 (RJ 1994, 2982); 10 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4226); 9 de julio de 2007 (RJ 2007, 5433) ó 25 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1406).

¹³⁵ Esa vinculación con la elaboración se da en supuestos de construcción de inmuebles y justifica la responsabilidad de los vendedores (único supuesto en el que se responsabiliza a particulares, por su estrecha vinculación con la construcción). En la STS de 29 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6302; JC 1984, 770), los vendedores de varias plazas de garaje son dueños del edificio y parecen haberlo promovido. En la STS de 16 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2661), consta que los vendedores de las plazas de garaje participaron en la construcción y promoción del edificio en la que se encuentran. Del relato de los hechos de la STS de 9 de julio de 2007 (RJ 2007, 4679) se deduce que los vendedores construyeron las plazas de garaje, objeto del contrato. En la STS de 26 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8052), se compra una plaza de garaje sobre plano (los vendedores habían recibido la plaza como contraprestación por haber aportado el solar donde se construyó el edificio) y, aunque no consta expresamente, parece que el comprador la rechaza desde que se le entrega, ocupando una plaza vecina; el Tribunal Supremo alude a las «prestaciones genéricas» y tal vez el fundamento de la responsabilidad de los vendedores radique en que se trataba de una obligación genérica cuya especificación fue rechazada *ab initio* por el comprador. La misma razón parece justificar la STS de 15 de julio de 1987 (RJ 1987, 5793; J. Civ. 1987, núm. 484), en la que se compran plazas de garaje sobre plano y se rechazan desde el mismo momento de la entrega.

¹³⁶ Como excepción a la regla de que se responsabiliza al vendedor que enajena cosas de su ramo, parece encontrarse la STS de 14 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6939), aunque en realidad entiendo que no es así. En ese caso, RENFE vende en pública subasta un vehículo de turismo fabricado por SEAT, que el comprador no consigue matricular porque RENFE no era un órgano administrativo, requisito indispensable para que los vehículos subastados pudieran matricularse. El Tribunal Supremo estima la acción de incum-

4. LA VINCULACIÓN POR LA INFORMACIÓN PRE-CONTRACTUAL

La evolución del contenido del contrato ha tenido una segunda causa relevante: la vinculación por la información precontractual (*rectius: in contrahendo*), es decir, aquella que las partes se transmiten u omiten comunicar –respecto de esto último, si están obligadas a ello– antes de la perfección del contrato. Cumpliendo ciertos requisitos que mencionaremos *ut infra*, esa información se garantiza en el contrato, aspecto novedoso que afecta tanto al Derecho inglés como a los países de tradición continental.

En la concepción decimonónica del contrato –en ella incluimos tanto al *Common Law* como a los ordenamientos continentales–, señaladamente voluntarista, la intención común destaca como fuente del contenido contractual. Las normas dispositivas existen, es cierto, pero su función se restringe a suplir los eventuales olvidos de las partes, las llamadas «lagunas» del contrato, como puso de manifiesto Castro¹³⁷.

Dentro de ese marco conceptual se comprende que la única vinculación que puede emanar de las partes sea la que deriva del consentimiento. Por ende, la información que no se incorpora al contrato como pacto expreso no vincula. Y ello tanto si la intención común se determine conforme a la voluntad real o a la declarada¹³⁸. La información incorrecta u omitida puede dar lugar a un vicio del consentimiento que derive en la anulación del contrato pero no en la vinculación por el estado de la realidad en el que el perjudicado confió.

La superación del voluntarismo viene dada por el renacer de las fuentes no voluntarias del contrato que incluyen no sólo las normas dispositivas *in se* sino, también, la conducta *in contrahendo* de las partes en su relación con aquellas (en contratos de consumo, la relación se da con las normas imperativas). La creciente protección de las expectativas legítimas de las partes ha extendido la garantía,

plimiento con base en el *aliud pro alio*. Sin embargo, considero que no afecta a nuestras conclusiones porque no se trata de un supuesto de *aliud* en sentido estricto ya que podría existir una omisión de información por parte de RENFE reprochable a ésta al subastar vehículos que no se pueden matricular (además de que no constituye un defecto material sino jurídico). Por otra parte, el único caso en el que no se vende un objeto nuevo es la STS de 7 de abril de 1993 (RJ 1993, 2798) pero existía una garantía del vendedor, que por ello responde.

¹³⁷ CASTRO Y BRAVO, F. DE, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, p. 1060.

¹³⁸ Cfr. MORALES MORENO, A. M., «Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8.º de la LGCU)», en *La modernización...*, *op. cit.*, p. 233.

por el contrato, de la información precontractual que genera confianza¹³⁹.

Al respecto, es evidente que no toda información precontractual ha de incorporarse al contenido del contrato. En ausencia de pacto, sólo puede atribuirse el riesgo derivado de una incorrecta representación de la realidad, a una de las partes, en virtud de una norma jurídica. En España, ostentan ese carácter la ley dispositiva, los usos y la buena fe, *ex art.* 1258 CC, además, claro está, de la ley imperativa, *ex art.* 1255 CC¹⁴⁰. La información precontractual deviene vinculante cuando una de esas normas jurídicas lo exige.

La garantía de la información precontractual ha adquirido un desarrollo notorio en las últimas décadas. Es en materia de publicidad donde, por el momento, el nuevo modo de vinculación contractual se percibe con mayor nitidez. El Tribunal Supremo, en una consolidada doctrina jurisprudencial que se inicia con la sentencia de 27 de enero de 1977, considera que la información publicitaria vincula al contratante que la emite en virtud del art. 1258 CC, precepto que contempla la buena fe como fuente de la reglamentación contractual, por la cual se heterointegra el contrato¹⁴¹. La causa de la vinculación por la publicidad no se encuentra en la voluntad del emisor –en este sentido, no es oferta y presupone la existencia de un contrato– sino en la protección de la confianza del destinatario de las declaraciones públicas¹⁴². Es reiterada la referencia del Alto

¹³⁹ Para un desarrollo del tema *vid.* ELIZALDE IBARBIA, *El contenido...*, *op. cit.*, capítulos Sexto a Noveno.

¹⁴⁰ MORALES MORENO, «Información...», *op. cit.*, p. 234.

¹⁴¹ J. Civ. 1977, núm. 26. Reconocen que la publicidad integra el contrato –aunque no siempre sea expresa la referencia a la buena fe–, entre otras, las SSTs de 21 de julio de 1993 (RJ 1993, 6176); 15 de junio de 2000 (RJ 2000, 4418); 23 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5215); 29 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5688). Utilizan una terminología más confusa las SSTs de 8 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8260), 15 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2347) y 28 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2164).

¹⁴² *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 61», en S. Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y la Unión Europea*, Colex, Madrid, p. 517; MORALES MORENO, A. M., «Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre una propuesta de Directiva)», en *La modernización...*, *op. cit.*, p. 246; GARCÍA VICENTE, J. R., «Comentario al art. 61», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 784; FONT GALÁN, J. I., «La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4, 1988, p. 17; y Díez-PICAZO, L., «¿Una nueva doctrina general del contrato?», *ADC*, 1993, p. 1713. En contra, INFANTE RUIZ, F. J., «La integración del contrato con el contenido de la publicidad. Comentario a la STS de 23 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5215)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2004, p. 203: «El recurso a la buena fe se sustenta aquí en el mero hecho de generar una publicidad, con independencia de cuál sea su incidencia sobre el consumidor (...); es decir, el fundamento se cifra no en el riesgo de que la publicidad cree una situación de apariencia, sino en el mero dato de que exista un desfase entre el contenido de la publicidad y el contrato (...).».

Tribunal a la confianza del receptor de la publicidad –y su protección– como fundamento de su integración en el contrato¹⁴³.

En contratos de consumo, la vinculación por la información precontractual encuentra su fuente en normas imperativas. En España, si bien en un principio la incorporación de la publicidad al contenido contractual se ciñó a contratos específicos – la compraventa de consumo o el contrato de viaje combinado, por ejemplo–, por trasposición de las correspondientes Directivas europeas¹⁴⁴, en la actualidad el art. 61.2 TRLGDCU lo regula para la generalidad de los contratos de consumo. En Alemania también se ha desbordado el *acquis communautaire*, en ese caso, para extender la vinculación por las declaraciones públicas a la totalidad de los contratos de compraventa, sean o no celebrados por consumidores¹⁴⁵.

Por otra parte, la incorporación de la información precontractual al contenido del contrato es susceptible de incluir la información no publicitaria, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual, a través de diversos cauces, principalmente, la doctrina del *aliud por alio* (en su acepción amplia) y el principio de buena fe, vincula al que comunica una información incorrecta, afectando la confianza razonable del receptor¹⁴⁶.

La justificación del Alto Tribunal no es siempre clara, si bien en cuanto al resultado al que conduce –la vinculación– coincide con la solución adoptada por las principales propuestas para la armonización del Derecho contractual europeo. Éstas asumen con naturalidad que la vinculación por la información precontractual proviene de una fuente no voluntaria. Al respecto, el art. 6:101 (1) PECL y el art. II.– 9:102 DCFR garantizan contractualmente la información que se transmite antes de contratar o al tiempo del contrato si así hubo de entenderla la otra parte teniendo en cuenta: (i) la importancia de la información, (ii) si quien transmite la información lo hace en ejercicio de su actividad profesional y (iii) la experiencia relativa de las partes. La Directiva 99/44/CE (art. 2) es más contundente por cuanto vincula por la información (pública) a menos que el receptor no haya podido razonablemente confiar en ella.

Adicionalmente, cabe la integración en el contrato de la información que se omite en infracción de un deber precontractual de información. Es lo que dispone el art. 65 TRLGDCU, según el cual corresponde integrar los contratos de consumo, en beneficio del

¹⁴³ Entre otras, las SSTs de 23 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5215) y 30 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3995).

¹⁴⁴ Respectivamente: Dir. 99/44/CE y Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO 1990 L 158/59).

¹⁴⁵ § 434 BGB.

¹⁴⁶ Vid. ELIZALDE IBARBIA, *El contenido...*, *op. cit.*, pp. 255 y ss.

consumidor y conforme a la buena fe objetiva, cuando el empresario o profesional omite una información precontractual relevante. El precepto permite incorporar al contrato el estado de la realidad que se representa (incorrecto) por la falta de comunicación de información. La referencia a la buena fe objetiva ha de entenderse hecha a su función de norma de atribución del riesgo contractual (*ex art. 1258 CC*), en este caso, para proteger las expectativas legítimas del consumidor¹⁴⁷.

Según lo expuesto, el cauce que han seguido los tribunales y los legisladores españoles y europeos para vincular por la información pre-contractual ha sido el de una regulación expansiva, más o menos directa, del contenido contractual y el de una interpretación amplia de las normas existentes en la materia (en el caso español, del art. 1258 CC).

En el Derecho inglés, en cambio –sin perjuicio de las transformaciones introducidas por las Directivas europeas–, la vinculación por la información precontractual ha crecido por vía de la interpretación del contrato, formalmente basada en la intención común de las partes. Sin embargo, frente al sentido literal de las palabras que utilizan los tribunales ingleses –que, reitero, asientan en el consentimiento la incorporación de la información *in contrahendo* al contrato– se alza el profesor Atiyah (en diversas obras)¹⁴⁸, para quien la expresión «intención de las partes» no significa, en este contexto, lo que dice.

Sostiene Atiyah que los jueces raramente examinan la intención de las partes para resolver los casos de este tipo que se les presentan. Lo que se comprueba en la jurisprudencia es un recurso constante a elementos objetivos –v. gr. que el declarante era un vendedor profesional de mercaderías o que, como propietario del inmueble, tuvo mejores oportunidades de descubrir la veracidad de la información que transmitió– para establecer, a partir de los mismos, si una de las partes debe quedar vinculada por sus declaraciones¹⁴⁹. La doctrina inglesa se muestra conforme con esos criterios objetivos, si bien se suelen presentar como parámetros para determinar la intención común, y los resume en dos: (i) la importancia de la declaración para el destinatario y (ii) la posición de las partes

¹⁴⁷ Vid. ELIZALDE IBARBIA, *El contenido...*, *op. cit.*, pp. 305 y ss.

¹⁴⁸ Las obras de Atiyah a las que hago referencia son: *An introduction...*, *op. cit.*, pp. 180-181; «Misrepresentation, Warranty and Estoppel», en P. S. Atiyah, *Essays on Contract*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1996, pp. 277-288 y 300-302; «The Binding Nature of Contractual Obligations. The Move from Agreement to Reliance in English Law and the Exclusion of Liability relating to Defective Goods», en D. Harris y D. Tallon (Eds.), *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 30-33; y *The rise and fall of the freedom of contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 772.

¹⁴⁹ ATIYAH, *An introduction...*, *op. cit.*, pp. 180-181.

respecto de la información, referida a la facilidad para conocer su exactitud¹⁵⁰. Estos criterios se encuentran presentes, también, en los ya citados arts. 6:101 (1) PECL y II. 9:102 (1) DCFR.

Si ponemos en relación las advertencias del profesor Atiyah con el criterio objetivo que utiliza el Derecho inglés para interpretar la intención de las partes en este caso —el estándar de un tercero razonable¹⁵¹— se deduce que la vinculación del declarante se establece, en realidad, a partir de parámetros objetivos que no guardan relación con la intención común. Ésta parece una conveniente etiqueta que se utiliza según el caso, para atribuir o no responsabilidad al declarante, lo cual depende, en verdad, de una asignación normativa del riesgo (emanada de los tribunales que, en el *Common Law*, participan en la política normativa o en su caso, de la legislación)¹⁵². Y esa norma jurídica, que justifica la vinculación por la información *in contrahendo*, tendría por finalidad garantizar la protección de la confianza razonable del destinatario de la información¹⁵³, aspecto que menciona Lord Nourse en su voto del caso *Harlington and Leinster v Christopher Hull*¹⁵⁴.

La vinculación por la información precontractual a través de la interpretación objetiva del contrato es una fórmula a la que han recurrido otros países, de sistemas jurídicos continentales, como es el caso de Alemania. El Derecho alemán sigue una doble vía. La más reciente, ya mencionada, mediante la cual regula directamente la incorporación de la información al contenido contractual, como sucede respecto de las declaraciones públicas en el contrato de compraventa (§ 434 BGB). Paralelamente, y con mayor antigüedad, la jurisprudencia reconoce que la información *in contrahendo*

¹⁵⁰ Vid. TREITEL/PEEL, *The Law...*, *op. cit.*, § 9-046 (pp. 383-384); CARTWRIGHT, J., *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure*, Sweet & Maxwell, Londres, 2007, § 8.08 – 8.11 (pp. 295-303); y ALLEN, D. K., *Misrepresentation*, Modern Legal Studies, Sweet & Maxwell, Londres, 1988, pp. 100-105.

¹⁵¹ En especial a partir del caso *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society* [1997] UKHL 28.

¹⁵² ATIYAH, «Misrepresentation...», *op. cit.*, p. 276. En el mismo sentido se pronuncia IBBETSON, *A Historical Introduction...*, *op. cit.*, p. 224, para quien los tribunales (se refiere a los decimonónicos) desarrollaron reglas jurídicas tras la «fachada» de la intención común. Para una exposición sobre el uso de la interpretación para introducir políticas normativas, vid. MITCHELL, C., «Interpreting Commercial Contracts: The Policing Role of Context in English Law», en L. DiMatteo & M. Hogg (Ed.), *Comparative Contract Law. British and American Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 157-169.

¹⁵³ ATIYAH, *The rise and fall...*, *op. cit.*, pp. 771-778 (esp. p. 772); ATIYAH, «Misrepresentation...», *op. cit.*, pp. 279 y 287.

¹⁵⁴ [1989] EWCA Civ 4: «*The description must have a sufficient influence in the sale to become an essential term of the contract and the correlative of influence is reliance (...)* I would say that there cannot be a contract for the sale of goods by description where it is not within the reasonable contemplation of the parties that the buyer is relying on the description».

puede vincular contractualmente, si así resulta de una interpretación objetiva o de buena fe del contrato, por mor del § 157 BGB.

De este modo, los tribunales alemanes han llegado a conclusiones similares a las del Derecho inglés, en casos muy semejantes, valorando la importancia de la información y la posición de las partes respecto de la misma, para vincular al que comunica, si –según esos parámetros– la confianza del receptor se estima digna de tutela¹⁵⁵. Y, en Alemania, de modo más patente que en el Derecho inglés, la fuente de vinculación es la buena fe (norma jurídica) y no la intención común de las partes, cuya determinación se rige por otro precepto específico (el § 133 BGB).

5. HACIA UNA NUEVA APRECIACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL MERCADO DE DERECHOS

Los impedimentos a la garantía de un estado de la realidad que, en la concepción tradicional del contrato, afectan a las cosas específicas, por mor de la imposibilidad inicial de la prestación y del sistema especial de responsabilidad de las acciones edilicias, no concurren cuando el objeto del contrato recae sobre derechos.

En este último supuesto, las redacciones originales de los Códigos civiles europeos reconocieron la garantía sobre la existencia del derecho que se transmite por medio de un contrato, como es el caso de las cesiones de créditos o derechos incorporales. Es ilustrativo al respecto lo que dispone el art. 1529 CC, según el cual el vendedor de buena fe responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso. Por consiguiente, el Derecho dispositivo vincula al cedente por la existencia del crédito, en defecto de pacto. A diferencia de lo que se ordena para las cosas específicas, la inexistencia del crédito no sólo no constituye un supuesto de imposibilidad inicial sino que, por el contrario, conlleva la responsabilidad del vendedor.

La divergencia de soluciones legales entre las cosas específicas y los créditos tiene su razón de ser, posiblemente, en la materialidad, en un caso, e inmaterialidad, en el otro, del objeto contractual. Hicimos mención previamente al carácter material de la cosa como origen de la regla *impossibilia nulla obligatio est* y es precisamente la inmaterialidad del crédito la que justifica la inaplicación de la conocida regla de Celso cuando un derecho incorporal constituye el objeto del contrato. El apego a la cosa física que subyace en

¹⁵⁵ Vid. UNBERATH, H., «Contents and Effects», en S. Leible & M. Lehmann (Ed.), *European Contract Law and German Law*, Wolters Kluwer, 2014, p. 302.

las consecuencias de la imposibilidad inicial y en la impuesta factibilidad de los deberes de prestación, ambas propias de la Codificación, carece de justificación respecto de los créditos, incluso en el marco conceptual de los Códigos civiles.

La falta de relación con una realidad material, cuando el contrato recae sobre créditos, refuerza la importancia de la autonomía de la voluntad en la definición del objeto contractual. Evidentemente, no pretendo decir que ella no sea relevante si se trata de cosas. Me refiero, en cambio, a la ausencia de parámetros objetivos de satisfacción del acreedor –en esos casos–, al margen del pacto, a diferencia de lo que sucede respecto de las cosas. Si se contrata sobre éstas, es razonable que el acuerdo de las partes en relación con las cualidades atendibles en el objeto prime. Pero, en su defecto, cabe recurrir a criterios supletorios de habilidad del objeto (la utilidad normalmente esperable para cosas de la misma especie, por ejemplo), que sirven para vincular al deudor. Así funciona el explicado principio de conformidad, en el cual corresponde a las partes delimitar el objeto contractual y, en su defecto, rigen criterios legales de integración que determinan las cualidades exigibles por el contrato. De este modo, se consigue garantizar las expectativas razonables del acreedor.

Por el contrario, tratándose de créditos, resulta altamente complicado establecer un régimen de vinculación legal, por el cual el contenido del contrato se integre con normas de Derecho dispositivo –o en su caso, imperativo–. Ello porque no existe una realidad material con la que comparar la utilidad del objeto ni un uso ordinario ni, en su caso, especial, al que referir la satisfacción del acreedor. El objeto contractual en materia de créditos se delimita por el acuerdo de las partes, sin referencia exterior alguna.

Lo expuesto se presenta particularmente complejo en materia de acciones de una sociedad anónima, en especial si se han emitido. Como afirma el Tribunal Supremo, las acciones son «cosas representativas de derechos»¹⁵⁶ o, según Díez-Picazo, derechos de crédito que van unidos a una determinada posesión¹⁵⁷. Sin embargo, cuando la jurisprudencia decide en casos de incumplimientos de compraventas de acciones, argumenta en el marco de las reglas de responsabilidad derivadas de la venta de un bien mueble específico. Y, al hacerlo, oscila entre las tradicionales acciones edilicias y la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*. Pero siempre, insisto,

¹⁵⁶ STS de 17 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 6050).

¹⁵⁷ Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Thomson Civitas, 2008, pp. 806-807.

en el seno de la responsabilidad por una cosa defectuosa¹⁵⁸. Se dejan al margen, por tanto, las reglas que rigen la transmisión del derecho incorporal que va unido a las acciones. Esta omisión resulta especialmente inadecuada cuando las acciones no se han emitido y, por lo tanto, no existe bien mueble alguno, aspecto sobre el que la jurisprudencia guarda silencio¹⁵⁹. No sorprende, por los motivos expuestos, que disposiciones legales ajenas al fuero exclusivamente interno español, como la CISG (art. 2.d) o la inglesa SGA 1979 (S. 61), que establecen regímenes de conformidad en la compraventa de bienes muebles, excluyan a las acciones de su ámbito de aplicación objetivo¹⁶⁰.

Es propio de una economía moderna que el comercio de derechos incorporales ocupe un lugar de relevancia en el tráfico jurídico. Por ello, es comprensible que la modernización del Derecho de obligaciones y contratos haya alcanzado, también, a este sector. La mencionada centralidad de la autonomía de la voluntad ha supuesto que la evolución haya influido sobre la misma de modo particular.

La transformación ha tenido lugar a través de dos vías. La primera, incorporando al contenido del contrato la información precontractual que genera confianza, según la atribución del riesgo dispuesta por una norma jurídica, cauce que también ha afectado a las transmisiones de acciones de una sociedad. A efectos de evitar reiteraciones innecesarias, me remito a lo expuesto en el apartado precedente. La segunda, reforzando el consentimiento contractual mediante la exigencia de deberes precontractuales de información, que emanan de la buena fe¹⁶¹ sentencias o, en algunos mercados concretos como el financiero, de legislación sectorial¹⁶² y, tratándose de consumidores, de lo que dispone la normativa de protec-

¹⁵⁸ SSTs de 30 de junio de 2000 (RJ 2000, 6747), 19 de enero de 2001 (RJ 2001, 1320), 20 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 283); 21 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 299); 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 6950); 30 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3133) ó 21 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7809).

¹⁵⁹ REDONDO TRIGO, F., «La usucapión de acciones de una sociedad anónima en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012», *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 2061 y ss.

¹⁶⁰ *Vid.* MERRET, L., «Sale of Goods», en H. Beale (Ed.), *Chitty on Contracts*, II, Sweet & Maxwell, 2015, § 44-015 (p. 1937).

¹⁶¹ *Vid.*, entre muchas, las SSTs de 18 de abril de 2013 (RJ 2013, 3387), 20 de julio de 2016 (RJ 2016, 3428) ó 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6302).

¹⁶² Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/EC del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (Directiva MiFID I) DO 2004 L 145/1. Se traspuso al Derecho español por medio de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (BOE núm. 304 de 20/12); Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (Directiva MiFID II), DO 2014 L 173/349.

ción¹⁶³. Los deberes de información persiguen equilibrar las asimetrías informativas de las partes –si las hubiera–, y para conseguirlo, han de lograr que la parte menos informada adquiera una comprensión real de los riesgos contractuales. De lo contrario, los deberes de información no serán más que una formalidad carente de sentido práctico¹⁶⁴. En los contratos de consumo que incluyan condiciones generales de la contratación, los mencionados deberes precontractuales de información integran el llamado «test de transparencia», estándar de comprensión real sobre los riesgos jurídicos y económicos del contrato que el consumidor ha de poseer para lograr un consentimiento válidamente prestado¹⁶⁵.

Por consiguiente, el consentimiento como requisito de la existencia y validez del contrato (art. 1261.1.º CC) se ve reforzado por la exigencia de deberes precontractuales de información que se demandan en el tráfico de ciertos derechos incorporeales, cualificándolo en comparación con épocas precedentes. Si bien es cierto que dichos deberes exceden los contratos de derechos incorporeales, es respecto de estos en los que su incidencia en el contenido del contrato es más notoria, por las peculiaridades señaladas.

6. EL CONTENIDO CONTRACTUAL EN LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

La última versión disponible de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)¹⁶⁶ no contiene ningún Capítulo, Sección, ni siquiera artículo, que regule con carácter general el contenido contractual. Se diferencia, así de los principales proyectos europeos de unificación del Derecho de contratos, de la reforma del Código civil francés de 2016 y, en cierto modo, de la Propuesta española de modernización del Derecho de obligaciones y contratos.

¹⁶³ Art. 60 TRLGDCU.

¹⁶⁴ Vid. BEN-SHAHAR, O. Y SCHNEIDER, C., «The failure of mandated disclosure», https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1567284; los mismos autores en: *More than you wanted to know. The failure of mandated disclosure*, Princeton University Press, Princeton, 2016.

¹⁶⁵ Este test ha sido clave en las sentencias que resuelven sobre las «cláusulas suelo» en préstamos hipotecarios, que han sido objeto de numerosas sentencias, entre las que destacan las SSTs de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) y 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 735). El análisis de la posterior STJUE de 23 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C154/15, C307/15 y C308/15) se ciñe a los efectos de la nulidad.

¹⁶⁶ La última versión disponible es, por el momento, la aprobada en el mes de octubre de 2014, por el comité de profesores que se encarga de elaborar los PLDC. Agradezco al Prof. Álvaro Vidal Olivares que me haya facilitado una copia.

Los autores de los PLDC manifiestan su expresa voluntad de encarar un proceso original, que tenga en cuenta la cultura jurídica latinoamericana –esfuerzo de por sí complicado pero encomiable– y que, por consiguiente, no se limite a copiar las propuestas europeas (los PECL se mencionan específicamente al respecto) ¹⁶⁷. Esta premisa no es per se suficiente para descartar un tratamiento autónomo del contenido del contrato, noción central en la práctica contractual y de creciente reconocimiento internacional.

Entre las propuestas de armonización del Derecho de contratos regional más relevantes, los PECL dedican un capítulo –sobre un total de nueve–, el Sexto, «Contenidos y efectos del contrato», que se compone de once artículos (6:101 a 6:111). De entre ellos, al menos siete regulan directamente el contenido del contrato (los arts. 6:101, 6:102, 6:104-6:108 y 6:110), incluyendo materias como: la vinculación por la información precontractual, la heterointegración del contrato –por medio de los denominados «*implied terms*», según la lógica anglosajona–, la determinación del precio y las características de la prestación.

Por su parte, el DCFR también contiene un capítulo, el Noveno del Libro Dos –libro que trata del contrato en general–, con el mismo nombre que el correlativo de los PECL («Contenidos y efectos del contrato»), cuya Sección 1 trata específicamente del contenido contractual, en nueve artículos. Su redacción es muy semejante a los correspondientes artículos de los PECL, con dos diferencias principales. Se introduce un precepto relativo al idioma del contrato (art. II.-9:109) y otro sobre la validez de las cláusulas no negociadas individualmente (art. II.-9:103), que en los PECL se regula, tal vez con mayor acierto metodológico, en el capítulo cuarto, referido a la validez del contrato (en concreto, art. 4:110).

Si nos centramos en la modernización de Derechos nacionales, observamos que la reforma del Código civil francés en materia de obligaciones y contratos eleva al contenido contractual a la condición de requisito de validez del contrato, junto con el consentimiento y la capacidad (art. 1128 CC francés). La redacción vigente del *Code* dedica diez artículos (del art. 1162 al art. 1171) a regular diversos aspectos del contenido del contrato incluyendo la determinación del precio, el control de cláusulas abusivas o las características y licitud de la prestación. En España, la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos es más escueta que los proyectos europeos antemencionados y que el Código civil

¹⁶⁷ PIZARRO WILSON, C. (coord.), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los Contratos*, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 16.

francés actual. No obstante, consagra al asunto un Capítulo entero (el IV, del Título II), que regula, en el art. 1276, la eficacia vinculante de la información precontractual pública (publicidad y promoción), y, en el art. 1277, los contratos con precio indeterminado.

Pese a que los PLDC no contemplan, al menos por el momento, una regulación del contenido del contrato como concepto autónomo, es posible analizar algunas nociones que, al respecto, aparecen a lo largo del texto de modo fragmentario y, en ciertos aspectos, contradictorio.

En primer lugar, de la definición de cumplimiento y de incumplimiento del contrato cabe deducir la noción de contenido contractual que subyace en los PLDC. Según el art. 72 PLDC («Concepto de cumplimiento»): «Cumplimiento es la ejecución de la prestación en los términos en que fue acordada». Esta definición tiene una contracara consecuente en el art. 79 PLDC («Concepto de incumplimiento»), en virtud del cual: «(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 (...)».

De la lectura conjunta de ambos preceptos parece quedar claro, como nota inicial, que la regla contractual se equipara al pacto de las partes. Se cumple si se ejecuta conforme con sus términos, se incumple en caso de inejecución total de lo convenido y existe un cumplimiento imperfecto si la prestación se ejecuta defectuosamente, divergiendo de lo acordado. En los tres supuestos, el parámetro de referencia es el pacto.

Esta acepción del contenido del contrato, limitado al acuerdo de las partes, no guarda relación con los antecedentes históricos de los países incluidos en el ámbito de aplicación territorial de los PLDC (*ex* art. 1.2, «países de América del Sur, del Caribe y las jurisdicciones del continente americano regidos por el sistema de derecho continental»), en los que la intención común es fuente principal de la regla contractual pero no la única. Tampoco parece responder al estado actual de la evolución del Derecho de contratos, en el que las fuentes no voluntarias del contenido contractual experimentan un resurgimiento. Un voluntarismo sin paliativos no se condice con el realismo al que tiende la contratación contemporánea.

No obstante, si se ponen en relación los citados arts. 72 y 79 PLDC con otras normas del mismo proyecto, se comprueba que el reinado absoluto de la voluntad no sería tal. Comenzaré el análisis con dos fuentes tradicionales del contenido contractual presentes de algún modo en los PLDC: los usos y la buena fe.

El art. 3.2 PLDC (ubicado en el Capítulo Preliminar, Sección 1: Ámbito de aplicación) establece que las partes «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». La admisión de los usos como norma de Derecho dispositivo –en una redacción muy similar a la del art. 1:105 PECL– supone una indudable moderación del voluntarismo que emana de los mencionados arts. 72 y 79 PLDC.

En un sentido semejante han de interpretarse los arts. 7 y 71 PLDC que reconocen el rol de la buena fe en el contrato. Establece el art. 7 PLDC (Capítulo Preliminar, Sección 2: Principios generales): «(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». Es un texto con indudables reminiscencias del art. 1:201 PECL. Por su parte, el art. 71 PLDC (ubicado en el Capítulo 6, Interpretación) ordena: «En todo caso el contrato deberá ser interpretado de acuerdo con la buena fe». Apparentemente, el precepto pretende dar a la buena fe un mandato más enérgico en la interpretación del contrato si se lo compara con el art. 5:102 PECL –según el cual la buena fe es una circunstancia relevante de la interpretación, junto con otras–, en la línea del § 157 BGB.

El art. 7 PLDC es tradición común de los países de Derecho continental (en España, *vid.* art. 7 CC), como principio general del ordenamiento jurídico. Si bien no parece que existan obstáculos para extraer de ese principio una regla de integración del contrato conforme a la buena fe, puede que surjan problemas de interpretación del texto proyectado, en relación con los referidos arts. 72 y 79 PLDC. El carácter especial de estos últimos podría reservar a la buena fe una función de deber general de comportamiento leal, de incidencia más directa en las fases de negociación y ejecución del contrato, pero sin tanta influencia en el contenido contractual. En efecto, la Sección 2 («De la negociación del contrato»), del Capítulo 2 («Formación del contrato»), dedica el art. 10 al deber de negociar los términos del contrato de buena fe y el art. 11 contempla la llamada responsabilidad por culpa *in contrahendo*, por abandono de las negociaciones cuando esto es contrario a la buena fe. Asimismo, en relación con la buena fe en la ejecución del contrato, el art. 74.1 PLDC, que regula el momento de cumplimiento, establece: «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».

Por otra parte, analizando ahora el art. 71 PLDC, la buena fe en la interpretación tampoco se dirige directamente a regular el contenido del contrato, si bien en ocasiones puede servir para determinar «la responsabilidad objetiva por la conducta negocial»¹⁶⁸, lo que también se ha denominado «interpretación integradora» del contrato. De esta forma se podría, por ejemplo, vincular a la parte que realiza declaraciones precontractuales que inciden en las expectativas legítimas de su destinatario, tal como ha venido reconociendo la jurisprudencia alemana al amparo del § 157 BGB¹⁶⁹. Sin embargo, no parece lo más conveniente para un proyecto que aspira a ser aplicado en una multiplicidad de jurisdicciones –al margen de que la interpretación de buena fe no contempla otros supuestos de integración–, abandonar a la discrecionalidad del juzgador un aspecto tan central como las fuentes del contenido contractual.

Dejando de lado las fuentes y adentrándonos en el alcance de la regla contractual, sobresale en los PLDC un notorio apego a la obligación y a los deberes de prestación. Esto se pone de manifiesto en los títulos de capítulos relevantes para el contenido del contrato, como el Capítulo 7 («Cumplimiento de las obligaciones contractuales») o el Capítulo 8 («Incumplimiento de las obligaciones contractuales»). También, en el tenor literal de varios preceptos incluidos en los mencionados capítulos como los arts. 73.1 [«La obligación debe cumplirse en el lugar determinado en el contrato (...)»], 74.1 [«La obligación debe cumplirse en el momento determinado en el contrato (...)»], 75.1 [« (...) El cumplimiento anticipado de una obligación (...)»], 76 [«El cumplimiento de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo (...)»], 78.1 [«Salvo acuerdo en contrario, cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de su obligación», u 80 («Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando: (a) las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas (...)»)].

Algunas de las referencias a la obligación no merecen reproche alguno, en particular, todas las que versan sobre el cumplimiento de un deber de prestación (dar, hacer o no hacer), presupuesto fáctico de los citados arts. 73.1, 74.1, 75.1, 76 y 78.1 PLDC e, incluso, del art. 80 PLDC ya que el incumplimiento esencial no se ciñe a la obligación, aunque la comprende. En cambio, cabe considerar dichas menciones a la obligación como restrictivas del contenido contractual en lo que respecta a los con-

¹⁶⁸ CASTRO Y BRAVO, F. DE, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 89-90.

¹⁶⁹ *Vid. supra.*

ceptos de cumplimiento e incumplimiento del contrato (a tenor de las denominaciones de los Capítulos 7 y 8 PLDC y de los citados arts. 72 y 79 PLDC).

Las nociones de cumplimiento e incumplimiento que asume el PLDC (arts. 72 y 79 *ut supra* citados) se refieren a la «prestación» sin incluir la posibilidad de que una de las partes garantice un determinado estado de la realidad, como modernamente se admite. Esto no sólo se desprende del tenor literal de los preceptos analizados sino de su conjunción con el art. 38.1 PLDC, según el cual: «El objeto del contrato deber ser determinado o determinable, posible y lícito». La posibilidad como elemento necesario del objeto, el cual a su vez es requisito de validez del contrato (art. 9 PLDC), se constituye en óbice de la garantía, que puede recaer sobre estados fácticos inexistentes e imposibles. Los PLDC se decantan por un concepto real de objeto que impide el pleno funcionamiento de la garantía contractual, necesariamente asentada en una acepción ideal del objeto del contrato¹⁷⁰. Se trata, como vimos, de una concepción crecientemente abandonada por los ordenamientos jurídicos modernos.

En virtud de lo expuesto, parece razonable sostener que un cuerpo de normas que aspira a regular de forma autónoma la llamada «teoría general del contrato», desligada de reglas concretas de un ordenamiento jurídico particular, debería incluir preceptos que determinen, al menos, las fuentes y el alcance del contenido contractual, aspecto central del contrato ya que delimita la vinculación de las partes. Al margen de algunas normas específicas (sobre el lugar y momento de cumplimiento de la obligación –arts. 73 y 74 PLDC– o respecto de los gastos derivados del cumplimiento –art. 78 PLDC–), los PLDC ofrecen un escenario fragmentado, de difícil compaginación y, en cierta medida, por cauces distintos a los que transcurre el proceso de modernización del Derecho de contratos.

¹⁷⁰ La indudable fuente de inspiración que, a la vista del texto de los PLDC, han sido los PECL, justifica una cierta confusión o laxitud en sede de incumplimiento contractual. El art. 80.d PLDC entiende que el incumplimiento es esencial, entre otras causas, cuando: «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». Siendo consecuentes con el alcance del contenido contractual, limitado a la obligación, el precepto citado debería haber hecho una mención más explícita al incumplimiento de una obligación esencial. Sin embargo, parece beber del 8:103 (b) PECL, según el cual el incumplimiento es esencial si: «*the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract (...)*». A diferencia del inciso (a) del mismo artículo, no se hace mención a la obligación, precisamente porque los PECL no excluyen la garantía como integrante de la regla contractual (se rechaza expresamente la imposibilidad inicial como causa de invalidez, art. 4:102 PECL) y la privación de lo que la parte perjudicada podía esperar conforme con el contrato puede provenir tanto del incumplimiento de una obligación como del no acacimiento del supuesto cubierto por una garantía contractual.

7. CONCLUSIONES

El proceso de modernización del Derecho de contratos ha repercutido significativamente en el contenido del contrato. Tanto en el Derecho español como en los ordenamientos de nuestro entorno se constata: (i) un renacimiento de las fuentes no voluntarias de la reglamentación contractual, con especial hincapié en la satisfacción de las partes en relación con el objeto del contrato y en la eficacia vinculante de la información precontractual, y (ii) una renovada concepción del consentimiento, que persigue una mejora sustancial en el elemento intencional del contrato por medio de la comprensión real de los riesgos que se asumen.

En una institución compleja y de larga data como el contrato cualquier apreciación de principios respecto de un elemento central de la teoría contractual puede resultar apresurada y, por qué no, incorrecta. Aun a sabiendas de ese riesgo, de la evolución del contenido del contrato parece desprenderse que el péndulo de la justicia contractual se ha movido, una vez más, de la intención común a la protección de las legítimas expectativas de las partes. En ese movimiento, la asunción por el Derecho (imperativo y dispositivo) de la garantía como efecto del contrato asume un papel funcional.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AFSHARIPOUR, A.: «Legal Transplants in the Law of the Deal: M&A Agreements in India», *Legal Studies Research Paper Series*, University of California, Davis, School of Law, n.º 469, diciembre 2015, pp. 1-32.
- ALLEN, D. K.: *Misrepresentation*, Modern Legal Studies, Sweet & Maxwell, Londres, 1988.
- ATIYAH, P. S.: «Misrepresentation, Warranty and Estoppel», en P. S. Atiyah, *Essays on Contract*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1996, pp. 275-328.
- *An introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- «The Binding Nature of Contractual Obligations. The Move from Agreement to Reliance in English Law and the Exclusion of Liability relating to Defective Goods», en D. Harris y D. Tallon (Eds.), *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 21-36.
- *The rise and fall of the freedom of contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979.
- ATIYAH, P. S., ADAMS, J. N. Y MACQUEEN, H.: *The Sale of Goods*, Longman, Harlow, 2001.
- BEATSON, J.: *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- BEN-SHAHAR, O. Y SCHNEIDER, C.: «The failure of mandated disclosure», https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1567284.: pp. 647-749.
- *More than you wanted to know. The failure of mandated disclosure*, Princeton University Press, Princeton, 2016.

- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R.: «STS de 6 de marzo de 1985. Compraventa: incumplimiento del vendedor; distinción entre *aliud pro alio* y cosa con vicios. Acción de cumplimiento y acción de saneamiento por vicios», *CCJC*, núm. 8, 1985, pp. 2471-2478.
- «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, 1969, pp. 777-837.
- BETTI, E.: *Istituzioni de Diritto Romano*, II, CEDAM, Padua, 1962.
- BRIDGE, M.: *The Sale of Goods*, Oxford University Press, Nueva York, 2009.
- «The UK Sale of Goods Act, the CISG and the Unidroit Principles», en P. Šarčević y P. Volken (Ed.), *The International Sale of Goods Revisited*, Kluwer, La Haya, 2001, pp. 115-155.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: *El arrendamiento de bienes muebles*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- «Comentario al art. 61», en S. Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y la Unión Europea*, Colex, Madrid, pp. 510-537.
- CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- CARTWRIGHT, J.: *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure*, Sweet & Maxwell, Londres, 2007.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, pp. 987-1086.
- *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DE NOVA, G.: *Il contratto alieno*, Giappichelli, Turín, 2010.
- *Il Sale Purchase Agreement: un contratto commentato*, Giappichelli, Turín, 2016.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Thomson Civitas, 2008.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.
- «Sobre la imposibilidad inicial de la prestación», en J. M. Abril Campoy y M. E. Amat Llari, *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, I, Tirant, Valencia, 2006, pp. 1087-1096.
- «¿Una nueva doctrina general del contrato?», *ADC*, 1993, pp. 1709-1718.
- «Comentario al art. 1258», en C. Paz-Ares, L. Díez Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador Coderch (Dir.), *Comentario del Código Civil*, II-I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 436-438.
- D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1997.
- D'ORS, A./HERNÁNDEZ-TEJERO, F./FUENTESECA, P./GARCÍA-GARRIDO, M./BURILO, J.: *El Digesto de Justiniano*, II, Aranzadi, Pamplona, 1972.
- EIRANOVA ENCINAS, E.: *Código Civil alemán comentado*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- ELIZALDE IBARBIA, F. DE: *El contenido del contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- ENNECERUS, L./LEHMANN, H.: *Derecho de Obligaciones*, II-1, trad. B. Pérez González/J. Alguer, Bosch, Barcelona, 1966.
- FENOY PICÓN, N.: *El sistema de protección del comprador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- «STS de 10 de julio de 2003. Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC; Incumplimiento por inhabilidad del objeto y consi-

- guiente insatisfacción del comprador; Inexistencia de vicios ocultos; Incumplimiento esencial», *CCJC*, 2005, pp. 509-556.
- *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España, Madrid, 1996
- FONT GALÁN, J. I.: «La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4, 1988, pp. 7-48.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, III, Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852.
- GARCÍA VICENTE, J. R.: «Comentario al art. 61», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 757-826.
- GÓMEZ POMAR, F.: «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, 3/2007, pp. 1-49.
- HONORÉ, A. M.: «The History of the Aedilician Actions from Roman to Roman-Dutch Law», en *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta*, Clarendon Press, Oxford, 1959, pp. 132-159.
- IBBETSON, D.: *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- INFANTE RUIZ, F. J.: «La integración del contrato con el contenido de la publicidad. Comentario a la STS de 23 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5215)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2004, pp. 195-212.
- KASER, M.: *Derecho romano privado*, trad. J. Santa Cruz Tejerio, Reus, Madrid, 1968.
- LARENZ, K.: *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987.
- *Derecho de Obligaciones*, II, EDERSA, Madrid, 1959.
- *Derecho de Obligaciones*, I, EDERSA, Madrid, 1958.
- LLÁCER MATA CÁS, M.^a R.: «STS de 8 de abril de 1992. Legitimación del comunero para comparecer un juicio [sic] en asuntos afecten a la comunidad. Acción de incumplimiento de contrato por entrega de *aliud por alio*; diferencia con las acciones de saneamiento por vicios ocultos», *CCJC*, 1992, pp. 483-492.
- MARCO MOLINA, J.: «La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de la venta de consumo. Su incorporación al Derecho civil español y al Derecho civil catalán», en *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, F. Badosa Coll/E. Arroyo i Amayuelas (Coords.), Tirant, Valencia, 2006, pp. 165-188.
- «La incorporación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, AAVV, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 2423-2442.
- MERRET, L.: «Sale of Goods», en H. Beale (Ed.), *Chitty on Contracts*, II, Sweet & Maxwell, 2015, pp. 1929-2165.
- MITCHELL, C.: «Interpreting Commercial Contracts: The Policing Role of Context in English Law», en L. DiMatteo & M. Hogg (Ed.), *Comparative Contract Law. British and American Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 157-169.

- MONIER, R.: *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Sirey, Paris, 1930.
- MORALES MORENO, A. M.: «La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en C. L. García Pérez e I. González Pacanowska (coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 23-46.
- «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, 2012, pp. 5-28.
- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante (Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en su acto de recepción pública como Académico de Número)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010.
- «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa» en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 93-144.
- «Comentario al art. 35», en L. Díez-Picazo (Dir. y Coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 286-312.
- «STS de 18 de febrero de 1994. Compraventa de local para instalar un supermercado: existencia de normas que impiden ese destino. Error de los compradores: carácter esencial, excusabilidad (error imputable al vendedor). Nulidad del contrato: restitución. Incumplimiento (*aliud pro alio*): Resolución», *CCJC*, 1994, pp. 617-628.
- «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, 1980, pp. 585-686.
- NICHOLAS, B.: «Dicta Promissave», en D. Daube (Ed.), *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta*, Clarendon Press, Oxford, 1959, pp. 91-101.
- ORDÁS ALONSO, M.: *Aliud pro alio, saneamiento por vicios ocultos y compraventa de productos de consumo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- ORTI VALLEJO, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F.: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1719-1746.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto del Código civil español*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2006.
- PIZARRO WILSON, C. (COORD.): *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los Contratos*, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- PRATS ALBENTOSA, L.: «La entrega de cosa diversa a la pactada (*aliud pro alio*) como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, de 20 de noviembre de 1991 y 28 de enero de 1992)», *Revista General de Derecho*, 1992, pp. 5081-5105.
- PUENTE Y LAVALLE, M. DE LA: *El contrato en general*, III, Palestra, Lima, 2001.
- RABEL, E.: «Origine de la règle: *impossibilium nulla obligatio*», en *Mélanges Gerardin*, Sirey, París, 1907, pp. 473-512.
- REDONDO TRIGO, F.: «La usucapión de acciones de una sociedad anónima en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012», *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 2052-2075.
- REGLERO CAMPOS, F.: «STS de 10 de marzo de 1994. Compraventa. Demanda reconventional de saneamiento por vicios ocultos. Plazo: prescripción y caducidad», *CCJC*, 1994, pp. 703-717.

- RIBOT IGUALADA, J.: «La imposibilidad originaria del objeto contractual», *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 3, 2015, pp. 1-66.
- RUBIO GARRIDO, T.: «STS de 22 de abril de 2004. Saneamiento por vicios ocultos. Resolución del contrato por incumplimiento. Acciones redhibitoria y estimatoria. *Aliud pro alio*. Prueba pericial obligatoria, lucro cesante y daño moral. Saneamiento en compraventa de universidad de cosas o en globo», *CCJC*, 2005, pp. 183-196.
- SAN JULIÁN PUIG, V.: *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: «Nota crítica a "Cámara Lapuente, S.: El Arrendamiento de Bienes Muebles"», *ADC*, 2008, p. 1997-2010.
- SCHULZ, F.: *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1954.
- STEIN, P.: «Medieval Discussions of the Buyer's Actions for Physical Defects», en *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta*, Clarendon Press, Oxford, 1959, pp. 102-111.
- S. TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, I-II.
- TREITEL, G.H./PEEL, E.: *The Law of Contract*, 13.^a Ed.: Sweet & Maxwell, Londres, 2011.
- UNBERATH, H.: «Contents and Effects», en S. Leible & M. Lehmann (Ed.), *European Contract Law and German Law*, Wolters Kluwer, 2014, pp. 297-352.
- VARA PARRA, J. J.: «La imposibilidad inicial», en S. Sánchez Lorenzo (Ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2013, pp. 667-726.
- VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- «La no conformidad en la Convención de Viena», en J. A. Gaitán Martínez y F. Mantilla Espinosa (Dir.), *La terminación del contrato*, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2007, pp. 317-354.
- «Algunas reflexiones a propósito de la transposición de la 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, en el Derecho español, operada por la Ley 23/2003, de 10 de julio», en *La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro*, M. J. Reyes López (Coord.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 237-261.
- ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 2008.
- *The New German Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, OUP, Oxford, 1996.
- ZWEIGERT, K./KÖTZ, H.: *An introduction to Comparative Law*, trad. T. Weir, Clarendon Press, Oxford, 1998.



Irrevocabilidad, nulidad y extinción de la adopción

ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

*La paternidad, tanto biológica como adoptiva,
nunca ofrece seguridades plenas, es siempre una aventura*

MARTHA CASELLI

RESUMEN

La adopción es esencialmente irrevocable porque el legislador pretende crear una filiación estable y segura. La exclusión de los efectos de la adopción no supone su extinción, sino una restricción de su contenido. Frente a la extinción de la adopción, su nulidad implica su ineficacia ab initio, derivada, básicamente, del incumplimiento de normas imperativas o prohibiciones legales. La extinción de la adopción supone una excepción a su carácter irrevocable, por lo que requiere el cumplimiento de todos los presupuestos legales establecidos, a saber, petición de los progenitores, ejercicio de la acción en el plazo de dos años desde la constitución de la adopción y que la extinción no perjudique gravemente el interés superior del menor.

PALABRAS CLAVE

Adopción: irrevocabilidad, exclusión de efectos, nulidad, extinción.

ABSTRACT

Adoption is irrevocable since the legislator aims to create a stable and secure filiation. The exclusion of the effects of the adoption does not suppose its extinction but a limitation on its content. Opposite to the extinction of the

adoption its nullity implied its inefficacy ab initio, resulting from, basically, breaches of preemptory norms or legal prohibitions. The extinction of the adoption supposes an exception to its irrevocability, thus requiring the fulfillment of all the legal established budgets, namely, application of the parents, prosecution within two years since the establishment of the adoption and that the extinction does not prejudice gravely the child's best interests.

KEY WORDS

Adoption: irrevocability, exclusion of effects, nullity, extinction.

SUMARIO: I. *Preliminar.*—II. *El postulado esencial de la irrevocabilidad de la adopción.* 1. Significado y fundamento. 2. Irrevocabilidad y determinación de la filiación natural del adoptado. 3. La irrevocabilidad en Derecho internacional y Derecho comparado.—III. *La extinción de la adopción.* 1. La exclusión de efectos de la adopción. 2. Inexistencia o nulidad por causas generales. 2.1 Nulidad por causas generales. 2.2 Nulidad por contravención de las prohibiciones legales. 2.2.1 Preliminar. 2.2.2 Nulidad por falta de consentimientos. 2.2.3 Presunta nulidad por falta de asentimiento de los progenitores. 2.2.4 Consecuencias de la falta de audiencia de los progenitores. 3. La llamada extinción de la adopción. 3.1 Introducción. 3.2 Presupuestos. 3.2.1 Petición sólo de cualquiera de los progenitores. 3.2.2 Que los progenitores no intervinieran, sin culpa, en el expediente de adopción: a) Ideas generales; b) Supuestos de falta de asentimiento. 3.2.3 Acción interpuesta en el plazo de dos años desde la adopción. 3.2.4 Que la extinción no perjudique gravemente al menor. 3.2.5 Consentimiento expreso del adoptado mayor de edad.—IV. *Conclusiones.*—V. *Índice de resoluciones citadas.*—VI. *Bibliografía.*

I. PRELIMINAR

La adopción se define actualmente como un «acto de autoridad (resolución judicial) por el que se constituye la relación de filiación (adoptiva) entre adoptante y adoptado»¹. La adopción deja de considerarse ya como un negocio jurídico privado de Derecho de Familia, para convertirse en un acto de autoridad judicial, donde lo que prevalece es el objetivo de la institución —que no es otro que proteger el interés del adoptando— y no la voluntad de los particu-

¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2009): «Derecho de Familia», *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, Dijusa, Madrid, p. 235. La SAP de Córdoba de 1 de abril de 1998 habla de «institución de derecho de familia mediante la cual una persona se integra plenamente en la vida de una familia distinta de la de origen con los mismos efectos que produce la filiación biológica».

lares que participan en ella. En concreto, la adopción se ha concebido modernamente como un acto jurídico de naturaleza procesal, que se rige «por el principio *favor minoris* y el prudente arbitrio judicial» (SAP de Málaga de 26 de octubre de 2000). Así, como deriva del propio artículo 176, 1.º CC, la adopción se constituye por resolución judicial, aunque ésta requiera consentimientos –o asentimientos o audiencias–, sin los cuales no puede constituirse la adopción, pero que, existiendo, no vinculan al Juez, esto es, no son determinantes para su constitución. Por consiguiente, la resolución judicial definitiva no supone una autorización o permiso para una proyectada adopción, ni un visto bueno o una aprobación de una adopción ya constituida previamente, sino el definitivo acto constituyente de la misma, que responde a unos presupuestos legalmente establecidos². Todo lo anterior no significa, sin embargo, que la voluntad privada haya dejado de ser relevante en la institución de la adopción, sino que dicha voluntad de los particulares, considerada en los diferentes niveles –consentimiento, asentimiento o audiencia–, ha pasado a integrar unos actos procesales previos y dirigidos a la resolución judicial definitiva, que es el único acto constitutivo de la adopción, como institución dirigida a proteger el interés superior del adoptando. En definitiva, la adopción puede considerarse como un acto judicial en el que después de prestarse las correspondientes declaraciones de voluntad y las audiencias precisas, si el Juez lo considera conveniente para el beneficio del adoptando pro-

² Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A. (2010), *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, «Familia», Dykinson, Madrid, p. 390; y Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012): *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, t. I, *Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, p. 123. Con anterioridad a la reforma del Código Civil por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, la adopción se entendía como un negocio jurídico de Derecho de Familia. Así, p.e., PUIG BRUTAU, J. (1985): *Fundamentos de Derecho Civil*, t. IV, Bosch, Barcelona, p. 219; la definía como «el negocio jurídico de Derecho de Familia que deja establecido entre adoptante y adoptado una relación jurídica semejante a la paterfamilial». La STS de 19 de febrero de 1988 indicó que la «doctrina jurisprudencial y científica califica a la adopción como un negocio jurídico familiar de carácter formal, distinguiéndose legalmente tres clases de intervenciones en el mismo...»; y la STS de 20 de abril de 1987 ya la había calificado como «un negocio jurídico familiar de carácter formal». No obstante, tras la mencionada reforma de 1987, la primacía se concede al Juez, que no queda vinculado por el consentimiento de las partes, por lo que la adopción se considera como un acto judicial. En este sentido, p.e., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989): *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, p. 463; indica que es «un acto judicial... el centro de gravedad se ha trasladado a la decisión oficial. El acuerdo de los particulares es solo un presupuesto, aunque esencial. El Juez no se limita a comprobar que un acto o negocio de los particulares está ajustado a Derecho, sino que es el propio Juez el que decide sobre la conveniencia de la adopción, y el que, en su caso, la concede». En contra, p.e., LLEDÓ YAGÜE, F. (2005): «Derecho de Familia», *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, Dykinson, Madrid, pp. 434-435, para quien «la resolución judicial del texto vigente se limita más a autorizar, a homologar la constatación o no de las circunstancias exigibles... Luego actualmente la intervención judicial no es una auténtica aprobación sino una mera homologación formal de los requisitos».

cederá a su constitución, perfeccionándose la adopción desde que adquiera firmeza la resolución judicial que la establece³. Ahora bien, como acertadamente destaca y distingue la relevante SAP de Teruel de 28 de junio de 1995, «así como en los casos de filiación natural, la resolución judicial se limita a constatar y declarar, si ha quedado acreditado en forma, una determinada filiación, incluso, como hemos dicho, contra la voluntad del progenitor; en la adoptiva la resolución judicial debe constatar la concurrencia de los requisitos predeterminados y exigidos por la ley, no por la naturaleza, como ocurre en la primera para, una vez constatados, declarar con efectos constitutivos su concurrencia y el nacimiento de la filiación adoptiva que se pretenda»⁴; por consiguiente, como confirma la interesante SAP de Barcelona de 28 de febrero de 2007, «no puede constituirse una adopción sustentándose en la posesión de estado» de hijo del sujeto correspondiente, aun debidamente acreditada, sino en resolución judicial firme.

Por otra parte, la adopción supone una relación jurídica semejante a la paternofamiliar, llevando hasta sus últimas consecuencias el postulado clásico *adoptio naturam imitatur*, de manera que la posición jurídica del hijo adoptado es la misma que la que ostenta el hijo por naturaleza (SAP de Madrid de 23 de septiembre de 1999), esto es, un *status familiae* (SAP de La Rioja de 9 de abril de 2015), y no un simple *status filii*. En esta línea, el artículo 108, 2.º CC establece el postulado esencial de la equiparación total entre la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza: «La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código». Por tanto, por decisión del ordenamiento jurídico, la adopción supone un parentesco efectivo entre las personas por ella vinculadas, totalmente equiparable al derivado del vínculo biológico. Así, la adop-

³ GESTO ALONSO, B. (2013): *El procedimiento de adopción*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 18; recogiendo el tenor literal de la SAP de Barcelona de 28 de febrero de 2007. Vid. ESPADA MALLORQUÍN, S. (2012): «La adopción en el Derecho Civil común», *Derecho de Familia*, G. Díez-Picazo Giménez (Coord.), Civitas/Thomson-Reuters, Cizur Menor, p. 1754.

⁴ Esta SAP de Teruel de 28 de junio de 1995 sigue diciendo que tratándose «de filiación por naturaleza, existe un vínculo el cual puede hacerse valer en cualquier momento mediante o en el proceso de filiación correspondiente, porque dicho vínculo está preestablecido por la naturaleza, quiéralo o no el progenitor, ora lo acepte y reconozca ora lo niegue y contradiga,... (pero) cuando nos encontramos ante la filiación adoptiva, no existe *ab initio* vínculo alguno ni natural ni legal (título atributivo), de modo que en la misma el vínculo se crea al mismo tiempo que nace o se produce el acto constituyente de dicha filiación, y de aquí que hoy gráficamente establezca el art. 176 del Código que *la adopción se constituye por resolución judicial...*, con lo que el carácter eminentemente formal y constitutivo de la resolución judicial que acuerda la adopción es hoy innegable... la adopción ha tenido siempre, como no podía ser de otra forma, un carácter formalista y solemne, con realización de un expediente, resolución judicial, intervención notarial, hoy suprimida, e inscripción en el Registro Civil correspondiente».

ción constituida judicialmente confiere al adoptado los mismos derechos y obligaciones que a los hijos por naturaleza, señalándose en particular, por la conflictividad que puede plantear y por su gran importancia práctica, el derecho sucesorio. De este modo, por la indicada equiparación de filiaciones adoptiva y biológica, al hijo adoptado le corresponden, dentro del orden sucesorio en la sucesión intestada, los mismos derechos sucesorios fijados en el Código Civil para los hijos por naturaleza (art. 930 y ss.); e, igualmente, le pertenecen idénticos derechos legitimarios (arts. 807 y 808 del CC). Eso sí, hay que tener en cuenta que la atribución de derechos sucesorios es recíproca entre adoptante y adoptado, pero, además, hay que destacar los derechos del adoptado en la sucesión hereditaria de quienes, en virtud del vínculo adoptivo constituido, son parientes del mismo en línea recta, o colateral hasta el cuarto grado.

Téngase en cuenta, además, que la adopción es un supuesto evidente de no concordancia entre la filiación biológica y la filiación jurídica que, sin embargo, el ordenamiento jurídico quiere proteger eficazmente como mecanismo de aproximación del parentesco adoptivo al parentesco por naturaleza⁵. El Derecho, pues, por el interés de los sujetos implicados en la adopción, quiere que se produzca una verdadera similitud entre la filiación adoptiva y la filiación biológica, a través de una verdadera ficción jurídica por la que se crea un parentesco idéntico al procedente de la naturaleza. Correlativamente con la consecuencia equiparativa anterior, la adopción produce, por contra, la completa extinción de los vínculos jurídicos que el adoptado tenía con su familia anterior (*ex art. 178, 1.º CC*), salvo en los supuestos excepcionales contenidos en el artículo 178, 2.º CC⁶. Por su parte, también debe destacarse

⁵ CALZADILLA MEDINA, M.ª A. (2004): *La adopción internacional en el derecho español*, Dykinson, Madrid, p. 50; observa en este punto que: «No obstante, pese a considerar esta equiparación como un adelanto muy positivo en el tratamiento normativo de los hijos adoptivos, no hay que dejar de señalar que necesariamente existen ciertas diferencias. Digo necesariamente porque sería una utopía pretender que los efectos de ambas filiaciones, natural y adoptiva, son idénticos puesto que ello implicaría situaciones injustas para los hijos adoptivos que, por el especial lazo mediante el que se hallan unidos a sus padres, ostentan especiales características... Además, es un hecho incuestionable la existencia, por regla general, de dos familias, la biológica y la adoptiva, lo cual dota al *status* de hijo adoptivo de ciertas peculiaridades».

⁶ Que dice: «Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda:

a) Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido.

b) Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir». Como indica la ya citada SAP de Madrid de 23 de septiembre de 1999, la tendencia actual es «la consagración legislativa del deseo de equiparar lo más posible la situación del hijo adoptivo como la del hijo biológico y de

que, en principio, la pérdida de la patria potestad y de la condición jurídica de padres por parte de la familia anterior ya no se recuperará, aunque el adoptante fallezca o resulte excluido de los efectos de la adopción conforme al artículo 179 CC –que se estudiará más adelante–, aunque sí es posible que, como consecuencia de la nulidad radical o absoluta de la adopción, ésta quede sin efecto y se recuperen los vínculos jurídicos con la familia biológica –como se verá en epígrafe posterior–, pues la declaración de nulidad afectará, irreversiblemente, a la eficacia del acto jurídico y a todas sus consecuencias legales (SAP de La Rioja de 9 de abril de 2015).

Por todo ello, como la adopción se ha querido constituir, legalmente, a semejanza de la paternidad o maternidad por naturaleza, dando lugar a cambios que afectan al estado civil –que es cuestión de orden público, no se olvide–, o, al menos, a la propia condición civil de adoptantes y adoptados, es lógico que el ordenamiento jurídico trate de dotarla de la máxima estabilidad (SAP de Zamora de 8 de junio de 1998), impidiendo su revocabilidad, esto es, que la continuidad de la adopción dependa de la voluntad arbitraria de los particulares implicados en ella, tanto directa como indirectamente. Por consiguiente, con el principio de la irrevocabilidad de la adopción –con la excepción de la extinción judicial de la misma *ex* art. 180, 2.º CC–, se pretende la estabilidad y la seguridad jurídica de que deben gozar las cuestiones relativas al estado civil y, por otra parte, garantizar la utilización coherente de esta fundamental institución jurídica, dotando a las relaciones jurídicas entre adoptante o adoptantes y adoptado de la solidez y firmeza de que gozan las relaciones paterno filiales por naturaleza⁷.

determinar la mayor ruptura posible de los originales vínculos del adoptado con su familia natural». Por su parte, la SAP de Islas Baleares de 6 de junio de 2002 explica que la adopción es una «institución jurídica que, como es sabido, supone la artificial creación de un vínculo de parentesco entre adoptante y adoptado análogo a la generación natural y, precisamente por su carácter paralelo a la misma, la extinción de los lazos parentales derivados de aquélla». La adopción se regula «como una de las formas de extinción de la patria potestad» (URIARTE CODÓN, A. (2011): «Proceso de adopción», en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Francisco Lledó Yagüe, Alicia Sánchez Sánchez y Oscar Monje Balmaseda (Coords.), Dykinson, Madrid, vol. 2, p. 237). MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2016): «Comentario al artículo 178 CC», *Código Civil Comentado*, vol. I, Ana Cañizares Laso y otros (Directores), Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 943, considera que las excepciones indicadas consiguen «que la adopción por una sola persona no sea óbice, en determinados casos, para la construcción de un entorno familiar con dos ramas: una anterior o preexistente y otra nueva resultante de la adopción en cuestión».

⁷ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1982): «Comentario al artículo 180 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo (Dir.), tomo III, vol. 2.º, Edersa, Madrid, p. 396; y FELIÚ REY, M. I. (1989): *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, Madrid, p. 204. Por su parte, MARTÍN GARCÍA, M.ª DEL L. (2010): «Comentario al artículo 180 CC», *Comentarios al Código Civil*, A. Domínguez Luelmo (Dir.), Lex Nova, Valladolid, p. 309; relaciona la irrevocabilidad con la «dejación de las funciones que impone el ejercicio de la patria potestad (art. 154 CC), no pudiendo prescin-

II. EL POSTULADO ESENCIAL DE LA IRREVOCABILIDAD DE LA ADOPCIÓN

1. SIGNIFICADO Y FUNDAMENTO

El artículo 180, 1.º CC indica expresamente que: «*La adopción es irrevocable*». Como ya se ha apuntado, si el legislador ha creado la institución jurídica de la adopción a imagen y semejanza de la filiación por naturaleza (*ex art. 108, 2.º CC*), no es extraño, pues, que el ordenamiento jurídico haya querido también dar a la propia adopción el mismo grado de permanencia que tiene dicha filiación biológica. La filiación adoptiva quedaría desprotegida si el legislador no le diera un elevado grado de estabilidad, evitando su extinción por la voluntad arbitraria de los propios sujetos directamente afectados por la misma, esto es, adoptantes, adoptados y padres biológicos de estos últimos. En este sentido, se ha dicho, acertadamente, que la irrevocabilidad de la adopción es la consecuencia lógica del estado de familia que se crea al amparo de la misma, estado familiar que la diferencia, esencialmente, de cualquier otra clase de negocio jurídico generador de obligaciones y derechos personales o patrimoniales⁸. Eso sí, cuestión distinta es la posible revocación del consentimiento prestado por el adoptante o adoptantes para la adopción, revocación que deberá manifestarse, y será totalmente válida, antes de que se dicte el auto judicial constitutivo

dir de la naturaleza de orden público que en parte revisten las normas de la patria potestad, cuyo contenido no puede, en principio, sin la aprobación judicial, ser objeto de pactos privados dirigidos a modificaciones de su contenido, sobre todo si son perjudiciales para dichos menores». La SAP de Ávila de 24 de enero de 2014 concluye que la «adopción proporciona a los menores una familia, siendo una medida definitiva e irrevocable, creándose una relación de filiación exactamente igual que la del hijo biológico».

⁸ MÉNDEZ PÉREZ, J. (2000): *La adopción*, Bosch, Barcelona, p. 269. Para DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª D. y HERNÁNDEZ GIL, F. (2007): *Lecciones de Derecho de Familia*, 2.ª edición, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, p. 390; el menor adoptado «ostenta los mismos derechos que si fuera hijo biológico, por lo que es natural que la adopción sea irrevocable (art. 180, 1 CC). Los padres adoptivos no pueden pedir en ningún caso que se extinga la adopción...». Como indica, p.e., el AAP de Barcelona de 13 de octubre de 2004, los «actos jurídicos de familia, son en general, actos *personalísimos* que afectan a la soberana voluntad de la parte que las realiza. Este acto modificando las relaciones jurídicas entre las partes crean (*sic*) un *status* que confiere derechos y obligaciones». En idéntico sentido, p.e., ALONSO CRESPO, E. (2004): *Adopción nacional e internacional: panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 250-251. Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015): *Compendio de Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, p. 269, explica que la «trascendencia de la adopción y el cambio de integración familiar que supone, no puede quedar sometido al albur del capricho o de los cambios de ánimo de los sujetos en ella interesados y, en particular, del adoptante» (criterio que calca CARRIÓN OLMOS, S. (2016): «La adopción», *Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, J. R. De Verda y Beamonte (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 369).

de la adopción, y con los mismos requisitos exigidos para prestar el indicado consentimiento⁹.

La irrevocabilidad manifestada por el citado artículo 180, 1.º CC significa que el estado civil creado por la adopción no puede quedar al arbitrio de un cambio de voluntad o resolución unilateral del adoptante o adoptantes –o del adoptado o de los padres biológicos de éste–, y que no cabría admitir tampoco la extinción por mutuo disenso de las partes intervinientes¹⁰, porque se trata de un estado civil sujeto al orden público. Como ya indicaba la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958, la «adopción ha de gozar de la mayor estabilidad, pues afectando profundamente al estado y condición de las personas, sería perturbador dejar su subsistencia supeditada a la voluntad concorde o unilateral de los interesados. Atendiendo a tan fundadas razones se la declara irrevocable». Asimismo, la Exposición de Motivos de la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción, declaró que la «extinción de la adopción continúa sometida a causas taxativas en las que ha procurado acentuarse el matiz restrictivo. De ahí que tenga el verdadero significado de principio jurídico básico la irrevocabilidad proclamada al frente del artículo correspondiente». Finalmente, el Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, concluye que «quizá cabría destacar en este punto el fortalecimiento de la adopción, derivado de la reducción de los casos en los que es posible decretar la extinción por vía judicial».

En este punto, hay que señalar que esta irrevocabilidad de la adopción tiene lugar desde el mismo momento en que recae el auto firme constitutivo de la misma (por ejemplo, SSTS de 20 de abril de 1987 –en el Código Civil «se consagra la irrevocabilidad como premisa fundamental y sin excepción»– y 2 de marzo de 1989; y SAP de León de 8 de julio de 2004). Por consiguiente, constituida judicialmente la adopción no se puede revocar el consentimiento prestado por ninguno de los sujetos intervinientes en el expediente de la adopción. Así, por ejemplo, la relevante y ya citada SAP de Madrid de 23 de septiembre de 1999 denegó, categóricamente, la petición del adoptado de «anular los efectos de un auto de adop-

⁹ PÉREZ MARTÍN, A. J. (1995): *Derecho de Familia*, Lex Nova, Valladolid, p. 515.

¹⁰ CARRASCO PERRERA, Á. (1993): «Comentario al artículo 180 CC», *Comentarios a las reformas del Código Civil*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Tecnos, Madrid, p. 214; quien añade que no «importa que para ello se prescinda de alegar causa o se justifique la concurrencia de justa causa (vgr. circunstancias sobrevenidas no conocidas al tiempo de consentir/asentir). No cabe consentir entre las mismas partes una nueva adopción en favor de un tercero».

ción renegando de sus adoptantes o padres actuales para volver, por motivos económicos (adquisición de una herencia) a su familia por naturaleza». En definitiva, este postulado de la irrevocabilidad de la adopción es tan firme legalmente, que no habrá más excepción que la extinción de la adopción mediante el cumplimiento estricto de los presupuestos establecidos por el artículo 180, 2.º CC, que analizaré, detalladamente, en un epígrafe posterior. Por otro lado, una cosa muy distinta es que muerto el adoptante, o cuando éste sufra la exclusión prevista en el artículo 179 CC, sea posible una nueva adopción del adoptado (*ex art. 175, 4.º, último inciso, CC*).

2. IRREVOCABILIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NATURAL DEL ADOPTADO

En nuestro ordenamiento jurídico, el indicado carácter irrevocable de la adopción queda corroborado claramente en el párrafo cuarto del artículo 180 CC: «La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción». De este modo, constituida judicial y definitivamente la adopción, el vínculo de filiación que produce no queda extinguido ni siquiera por la posterior determinación judicial de la filiación biológica del adoptado, consecuencia del ejercicio de una acción de filiación, normalmente, de reclamación¹¹. Dicha determinación legal de la filiación biológica del adoptado, pues, que no crea vínculos familiares con la familia consanguínea así conocida, puede producir, no obstante, sus efectos en otras esferas jurídicas ajenas a la adopción. Por ejemplo, puede establecer la existencia de una prohibición del adoptado para contraer matrimonio con sus parientes consanguíneos en línea recta o colateral –hasta el tercer grado– conforme al vigente artículo 47, 1.º y 2.º, CC¹².

¹¹ P.e., el AAP de Castellón de 27 de febrero de 2008 considera que no es óbice para la aprobación de la adopción «el hecho de existir pendiente un litigio sobre filiación... pues su resultado en nada podría afectar a la suerte del presente expediente...». Más aún, el AAP de Castellón de 7 de septiembre de 2009 mantiene que podría «entenderse que este precepto (el art. 180, 4.º CC) permite la investigación de la paternidad biológica y su determinación, por más que no tenga ninguna trascendencia legal en la medida que ni puede afectar al contenido del Registro Civil, ni tampoco a la relación de parentesco. Pero creemos tanto que el mismo puede tener virtualidad cuando dicha determinación de la filiación es anterior a la resolución judicial sobre la adopción, como que en el presente caso la apertura de la investigación acerca de la eventual paternidad biológica del recurrente podría perturbar la estabilidad de la que actualmente disfruta la menor a cuyo bienestar ha de atenderse sobre todo, por lo que debemos rechazar tal posibilidad...».

¹² En esta sede, cabe destacar la relevante STS de 27 de noviembre de 1992 en la que el actor reclamaba la herencia en calidad de heredero de su abuelo biológico por sustitución de su padre por naturaleza que la repudió y, en este caso, el Alto Tribunal determinó que sus derechos adquiridos no quedaban afectados por la adopción constituida en fecha posterior a la muerte del causante y a la de la repudiación de su padre biológico. Para evitar

Por otro lado, en esta sede, la jurisprudencia ha excluido la posibilidad de extinción de la adopción (*ex art. 180, 2.º CC*) en los supuestos en que el progenitor del adoptado no participó en el expediente de adopción por no estar determinada la filiación biológica. Como señala, por ejemplo, la ya aludida STS de 2 de marzo de 1989, «no estando legalmente determinada la filiación paterna del adoptado al tiempo de tramitarse el expediente de adopción,... es obvio que no era precisa su intervención (del progenitor) en el expediente de adopción ni para prestar el consentimiento como titular de la patria potestad, titularidad que no ostenta, ni para ser simplemente oído al no encontrarse en ninguno de los supuestos en que así se previene..., puesto que de lo que se trata es que el padre..., se hallare en el ejercicio de la patria potestad, para que sea necesario su consentimiento...». En esta misma línea, en la jurisprudencia menor, la SAP de Vizcaya de 25 de marzo de 2002, que parte de la premisa esencial de que la «condición de padre... se adquiere no por el hecho biológico del nacimiento, sino por la filiación paterna declarada legalmente», concluye que cuando la filiación del adoptando no está determinada legalmente no es preciso el asentimiento del presunto progenitor, ni éste tiene que ser oído en el expediente adoptivo para que la adopción quede válidamente constituida.

3. LA IRREVOCABILIDAD EN DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO COMPARADO

En la legislación internacional, el Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 (publicado en el *BOE* núm. 167, de 13 de julio de 2011, y vigente desde el 1 de septiembre de 2011), en su artículo 14, titulado «Revocación y anulación de una adopción», indica que: «1. La adopción únicamente podrá ser revocada o anulada por decisión de la autoridad competente. El interés superior del menor deberá siempre prevalecer sobre cualquier otra consideración.

2. Antes de que el menor haya alcanzado su mayoría de edad, la revocación de la adopción únicamente podrá tener lugar por motivos graves previstos por la ley.

inconvenientes, el nuevo artículo 1987 Código Civil portugués —«Fijación y prueba de la filiación natural»—, establece, inteligentemente, que después «de decretada la adopción, no es posible establecer la filiación natural del adoptado ni hacer la prueba de esa filiación fuera del expediente de matrimonio».

3. La solicitud de anulación deberá presentarse dentro de un plazo establecido por la ley» 13.

En este punto también debe tenerse muy en cuenta lo establecido en el artículo 26, 2.º de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, conforme al cual, en «particular, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes.

Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil» 14.

En el ordenamiento jurídico francés, el Code distingue todavía entre la adopción plena y la adopción simple. Con respecto a la adopción plena se indica que la adopción confiere «al niño una filia-

¹³ «España es un Estado miembro de la Unión Europea... y, en virtud del principio de primacía del Derecho Comunitario, la normativa de origen institucional prevalece sobre nuestro DIPR autónomo. En definitiva, la normativa española, de origen estatal, en muchas ocasiones ha sido alterada, sustituida, modificada o derogada por los diversos instrumentos internacionales en los que España es parte...» (DURÁN AYAGO, A. (2009): «Protección de menores y responsabilidad parental en la Unión Europea», *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, E. Llamas Pombo (Coord.), La Ley, Madrid, p. 570). En idéntico sentido, GARCÍA ABURUZA, M.ª P. (2013), «La adopción tras el convenio de Estrasburgo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, p. 130, indica que el Derecho internacional prevalece «sobre el derecho interno el cual no puede contradecir dicho convenio, por lo que la normativa sobre adopción contenida en los arts. 175-180 CC ha de adaptarse al mismo»; añadiendo que el «supremo interés del menor» debe ser tenido «en cuenta para la revocación o anulación de la adopción».

¹⁴ Para ADROHER BIOSCA, S. (2009), «La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los santos inocentes», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, enero-febrero, p. 53, si la falta de consentimiento de los padres biológicos «se detecta en el momento de solicitar el reconocimiento de la adopción constituida ante autoridad extranjera, entiendo que es un caso claro de no reconocimiento por oposición de la misma al orden público español. No creo que deba aplicarse en estos casos la previsión del artículo 26.2. Y si la situación se detecta una vez reconocida, es, a mi juicio, un caso claro de nulidad». VERDEIRA IZQUIERDO, B. (2009), «La declaración de idoneidad en la Ley de Adopción Internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre)», *Actualidad Civil*, núm. 10, 16 de mayo, p. 3, entiende que, en esta ley, «siempre prevalecerá el interés del menor al ser el sujeto necesitado de protección y el fin último de la adopción». *Id.*, también en esta sede, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2008), «Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional», *Revista La Ley*, núm. 6910, pp. 1 y ss.; y DURÁN AYAGO, A. (2009), «La nueva regulación de la adopción internacional», *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, E. Llamas Pombo (Coord.), La Ley, Madrid, pp. 543 y ss., quien apunta que es cierto que en «la adopción debe estar siempre presente el interés superior del menor, y que éste debe ser el que guíe al legislador a la hora de proponer las pautas de regulación en los tres sectores del DIPR. Sin embargo, la actual normativa desluce este principio tanto en la competencia judicial internacional como en la validez extraterritorial de las decisiones» (p. 565).

ción que sustituye a su filiación de origen» (art. 356), de modo que el «adoptado tiene, en la familia del adoptante, los mismos derechos y las mismas obligaciones que un niño cuya filiación» es determinada legalmente (art. 358, tras la Ley n.º. 2002-305, de 4 de marzo de 2002); concluyendo el artículo 359 Code que la «adopción es irrevocable». Sin embargo, es sólo en relación con la adopción simple cuando se introducen excepciones al principio general de irrevocabilidad, pues dicha adopción simple no produce una sustitución radical de la filiación originaria por la filiación adoptiva, aunque también en esta adopción simple, al igual que establece el artículo 180, 4.º CC, el artículo 369 Code determina que la «adopción conserva todos sus efectos, a pesar del establecimiento ulterior de un vínculo de filiación». No obstante, como advertía, en esta adopción simple, el artículo 370 Code (modificado recientemente por la Ley n.º. 2016-297, de 14 de marzo de 2016) permite que si «está justificado por motivos graves, la adopción puede ser revocada, cuando el adoptado es mayor, a petición de este último o del adoptante. Cuando el adoptado es menor, la revocación de la adopción no puede ser pedida sino por el ministerio público» en interés del menor. El artículo 370-1 Code continúa diciendo que la «resolución revocadora de la adopción debe estar motivada», añadiendo el artículo 370-2 (modificado por la Ley n.º. 2011-1862, de 13 de diciembre de 2011) que la «revocación hace cesar para el futuro todos los efectos de la adopción, a excepción de la modificación de los apellidos». Por tanto, sólo en los supuestos de adopción simple es posible la revocación de la adopción, fundada en motivos graves. En cambio, como sucede con la adopción en el Derecho español, la adopción plena no es revocable, por constituir un parentesco definitivo y estable de igual índole que la filiación biológica.

En el Derecho italiano, el Codice permite, en sus artículos 305 y siguientes, la revocación de la adopción en variados supuestos graves, que concreta en hipótesis de indignidad, a saber, la indignidad del propio adoptado –por haber «atentado contra la vida del adoptante o de su cónyuge, de sus descendientes o ascendientes» (art. 306 Codice); o la indignidad del adoptante o adoptantes –cuando «los hechos previstos en el artículo precedente hayan sido realizados por el adoptante contra el adoptado, o incluso contra su cónyuge o descendientes o ascendientes» (art. 307 Codice). Como consecuencia de lo anterior, conforme al artículo 309 Codice, los «efectos de la adopción cesan cuando se dicte sentencia firme de revocación».

En el ordenamiento jurídico portugués se contenía ya el principio de irrevocabilidad de la adopción plena –que se distinguía de la simple– en el antiguo artículo 1989 Código Civil portugués, que,

titulado «Irrevocabilidad de la adopción plena», decía que: «La adopción plena no es revocable ni siquiera por acuerdo del adoptante y del adoptado». Hoy, se ha acabado con la distinción entre la adopción plena y la simple, de manera que el nuevo artículo 1989 Código Civil portugués –modificado por la Ley n.º 143/2015, de 8 de septiembre, y titulado simplemente «Irrevocabilidad de la adopción –, se limita a contener el principio general de irrevocabilidad diciendo que la «adopción no es revocable», completando el artículo 1987 –«Fijación y prueba de la filiación natural»–, que después «de decretada la adopción, no es posible establecer la filiación natural del adoptado ni hacer la prueba de esa filiación fuera del expediente de matrimonio» a efectos de los impedimentos matrimoniales. Sin embargo, esta irrevocabilidad general de inicio no es, ni mucho menos, absoluta, pues, conforme al nuevo artículo 1990 Código Civil portugués –«Revisión de la sentencia (de adopción)»–: «1. Sin perjuicio de la impugnación de la sentencia a través del recurso extraordinario de revisión previsto en la ley procesal civil, la sentencia que hubiera decretado la adopción sólo es susceptible de revisión: a) Si hubiera faltado el consentimiento del adoptante o de los padres del adoptado, cuando éste fuere necesario y no dispensado; b) Si el consentimiento de los padres del adoptado hubiera sido indebidamente dispensado, por no verificarse las condiciones del n.º 3 del artículo 1981; c) Si el consentimiento del adoptante estuviera viciado por error excusable y esencial sobre la persona del adoptado; d) Si el consentimiento del adoptante o de los padres del adoptado hubiera sido prestado por coacción, siempre que sea grave, con la que ellos fueran ilícitamente amenazados y justificado el miedo de su consumación; e) Si hubiera faltado el consentimiento del adoptado, cuando fuera necesario. 2. El error sólo se considera esencial cuando fuera presumible que el conocimiento de la realidad excluiría razonablemente la voluntad de adoptar. 3. La revisión no será, no obstante, concedida cuando los intereses del adoptado puedan ser considerablemente afectados, salvo si razones invocadas por el adoptante imperiosamente lo exigieren».

III. LA EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN

1. LA EXCLUSIÓN DE EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

En primer lugar, hay que advertir que el trascendente artículo 179 CC no contempla un supuesto de extinción de la adopción sino sólo una hipótesis de restricción de su contenido, esto es, una

especie de suspensión indefinida y parcial de su eficacia, pues una cosa es la irrevocabilidad general de la adopción y otra que el adoptante pueda ser excluido de sus funciones tuitivas y derechos procedentes de la adopción, como también pueden quedar excluidos de la patria potestad los padres biológicos de un menor (*ex art. 170 CC*). Así, el citado artículo 179 CC dice que: «1. El Juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal acordará que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias. 2. Una vez alcanzada la plena capacidad, la exclusión sólo podrá ser pedida por el adoptado dentro de los dos años siguientes. 3. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad»¹⁵. Por consiguiente, este supuesto legal es un caso de privación de la patria potestad del adoptante, por concurrir el supuesto de hecho previsto en el artículo 170 CC¹⁶ —«por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial»—, restringiéndosele sus funciones tuitivas sobre el adoptado y eliminando sus derechos alimenticios y hereditarios, pero subsiste la adopción, como también subsiste la filiación biológica en el supuesto del citado artículo 170 CC, cuyo párrafo segundo permite expresamen-

¹⁵ «Se debe tomar en consideración que la norma se dirige principalmente al Juez, de manera que verificada la causa de privación de la patria potestad (vid. art. 170 CC) y previa petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, el Juez debe acordar la restricción del contenido de la adopción en los términos del art. 179 CC» (BLASCO GASCÓ, F. (1997): *Derecho de Familia*, V. L. Montés-E. Roca (Coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 441; y en *Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 345).

¹⁶ Como advierte la SAP de Valencia de 6 de marzo de 2003, es «reiterada doctrina del Tribunal Supremo, de las que son exponentes las sentencias de fecha 11 de octubre de 1991 y 6 de julio de 1996 el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas sus limitaciones, en ese sentido la última de las sentencias citadas dice que *el art. 170 del C.Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, por lo que la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma*». Para MARTÍN GARCÍA, M.^a DEL L. (2010): «Comentario al artículo 179 CC», *Comentarios al Código Civil*, A. Domínguez Luelmo (Dir.), Lex Nova, Valladolid, p. 307; no se trata de una extinción de la adopción, «por cuanto el planteamiento de la cuestión está relacionado con el ejercicio y la pérdida de la patria potestad. El excluido ve vacío temporalmente el contenido de las funciones tuitivas de la patria potestad y demás derechos respecto de su hijo, pero continúa siendo el progenitor del adoptado». En cambio, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.^a (2006): «Comentario al artículo 179 CC», *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovit Rodríguez-Cano (Coordinador), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, p. 328; considera que no «se comprende muy bien el alcance de este precepto, ya que si la filiación adoptiva está equiparada a la filiación por naturaleza, si los padres adoptivos incumplen los deberes inherentes a la patria potestad, la medida que procede es la privación de la misma (art. 170)...»; criterio que repite en «La tutela automática, el acogimiento y la adopción», *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Bercal, Madrid, p. 270.

te «la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación». Es decir, el adoptante excluido queda temporalmente privado de las funciones de la patria potestad, pero continúa siendo el padre o madre legal del adoptado. Por ello, debe matizarse el artículo 175, 4.º CC, que permite una nueva adopción «cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179» CC, pues, como se ha dicho, la adopción queda jurídicamente incólume. Este precepto debe referirse a la posibilidad, por ejemplo, de que, excluido el adoptante de las funciones de la patria potestad derivadas de la adopción, pueda el adoptado quedar sujeto a un acogimiento preadoptivo, que dé lugar a otra futura adopción que acabe con la precedente que no se extinguió automáticamente, repito, con la exclusión de efectos declarada conforme al artículo 179 CC¹⁷. Por otra parte, y respecto de los derechos sucesorios, la exclusión del adoptante puede considerarse un caso de incapacidad para suceder al adoptado (*ex art. 756, 1.º CC*) o de justa causa para desheredarlo (*ex art. 854 CC*).

El procedimiento judicial para proceder a la exclusión del adoptante es de naturaleza contenciosa, requiriendo sentencia judicial firme, desde cuya firmeza se produce la susodicha supresión de efectos de la adopción, que no, repito, la extinción de la misma¹⁸. Ahora bien, se trata de una exclusión de efectos sólo unilateral, de modo que, por lo que se refiere al adoptado y su posible descendencia, no quedan afectados en modo alguno los derechos que la adopción –constituida judicialmente y subsistente todavía–, les concedió frente al adoptante o a los familiares de éste. Asimismo, siendo la exclusión de efectos comentada del artículo 179 CC una sanción referida única y exclusivamente al propio adoptante, tampoco pierden los familiares de éste los derechos –básicamente, ali-

¹⁷ «La importancia de esta *sanción* para el adoptante alcanza su mayor grado cuando el contenido del art. 179 se pone en correlación con el art. 175.4 que contempla la posibilidad de que sea posible constituir una nueva adopción cuando el adoptante sufra esta exclusión. Lo que comienza como una privación de la titularidad de la patria potestad puede convertirse en la extinción de la filiación adoptiva por una nueva adopción» (O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2006): «Comentario al artículo 179 CC», *Código Civil. Comentado y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, p. 273).

¹⁸ «Por razones de congruencia, esta sentencia decidirá únicamente si se accede o no a la exclusión pretendida, así como el concreto alcance de la misma, sin que se pueda pronunciar sobre otras cuestiones como, por ejemplo, la extinción de la adopción, que tiene previsto un régimen procesal específico en el art. 180.2 CC» (GONZÁLEZ PILLADO, E., y GRANDE SEARA, E. (2004): *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 240). Coincide SERRANO ALONSO, E. (2006): «Comentario al artículo 179 CC», *Comentario del Código Civil*, t. 2, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Coord.), Bosch, Barcelona, p. 514, en que este «artículo 179 no afecta al vínculo de filiación, que no se ve alterado por los incumplimientos de los deberes de la patria potestad».

menticios y sucesorios— que la adopción les atribuyó frente al adoptado y su descendencia¹⁹.

2. INEXISTENCIA O NULIDAD DE LA ADOPCIÓN

Aunque voy a centrarme, en el apartado siguiente, en los verdaderos supuestos de extinción de la adopción conforme al esencial y excepcional artículo 180, 2.º CC, hay que subrayar que la adopción podrá quedar invalidada en las hipótesis de estricta nulidad de la misma. Ahora bien, ni en el Código Civil, ni en las normas procesales civiles existen preceptos que aludan expresamente o regulen la nulidad del vínculo filial adoptivo, aunque, como admite la STS de 18 de enero de 2011, «la figura de la nulidad es plenamente aplicable a cualquier campo del derecho» o «en cualesquiera negocios jurídicos» (SAP de La Rioja de 9 de abril de 2015), por tanto, también en la institución de la adopción. Hay que distinguir, pues, claramente, entre la extinción y la nulidad de la adopción. La extinción de la adopción, que supone una evidente excepción al principio general de irrevocabilidad de la misma, tiene un plazo de caducidad de dos años y unas causas tasadas en el repetido artículo 180, 2.º CC, a saber, no haber intervenido el padre o la madre del adoptando en el expediente de adopción sin culpa suya (SAP de La Rioja de 9 de abril de 2015). Por el contrario, la nulidad de la adopción requiere una acción general que se funda en causa de pedir diferente, esto es, una acción de nulidad que cae de lleno en el precepto del artículo 6, 3.º CC («Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»), o del artículo 1261 CC²⁰—relativo a los elementos esenciales del negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa)—, y una acción general que no está sometida al plazo de caducidad de dos años de la declaración de extinción contenida en el artículo 180, 2.º CC, sino que sería, de hecho, imprescriptible (STS de 18 de enero de 2011 y citada y relevante SAP de La Rioja de 9 de abril de 2015). Sería una nulidad *in radice*, no convalidable ni subsana-

¹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011): *Compendio de Derecho Civil*, Edisofer, Madrid, p. 599; quien concluye que ello es así porque por la «adopción se estableció parentesco entre unos y otros, parentesco que subsiste después de la exclusión del adoptante solo, puesto que esta *exclusión* ni restituye al adoptado a su familia antigua ni le hace salir de la adoptiva».

²⁰ «El consentimiento es constitutivo del negocio familiar adoptivo, hasta tal punto que por aplicación del artículo 1.261 del Código Civil, su ausencia motivará la inexistencia del negocio, y este consentimiento deben prestarlo a presencia del Juez tanto el adoptante o adoptantes como el adoptando mayor de doce años» (SAP de Alicante de 17 de octubre de 2011).

ble, conforme a los aforismos clásicos *in vitiosum ab initio no potest convallescere* y *quod nullum est, nullum producit effectum* (SAP de Barcelona de 14 de febrero de 2001). En efecto, la nulidad puede determinar la ineficacia o inexistencia jurídica de la adopción, cuando se hayan producido defectos esenciales en su constitución judicial, de manera que, una vez declarada dicha nulidad, tiene efectos *ex tunc*, esto es, desde el momento en que se generó el vicio invalidante. Consecuentemente, más que de una estricta extinción de la adopción (*ex art. 180, 2.º CC*) se puede hablar de una inexistencia o ineficacia jurídica *ab initio* de la misma, en el caso de que «concurran vicios jurídicos insalvables, por sus efectos invalidantes, mediante el oportuno ejercicio de la acción de nulidad...» (STS de 9 de julio de 2001); «pues toda declaración de nulidad afecta siempre, por definición, a la eficacia del acto o negocio jurídico declarado nulo y a las posibles consecuencias que se hayan derivado del mismo», sin «posible afectación del principio constitucional de seguridad jurídica» recogido en el artículo 9, 3.º CE (SAP de La Rioja de 9 de abril de 2015).

Por todo ello, finalmente, en esta sede específica de nulidad, la jurisprudencia ha reiterado que habrá que analizar *supercasum* las circunstancias del acto o negocio jurídico cuya invalidez se reclama, debiendo declararse dicha nulidad, entre otros supuestos, cuando se trata, como es el caso concreto de la constitución judicial de la adopción, de un acto constitutivo de un estado o condición para cuya eficacia la Ley exige, expresamente, determinados requisitos y falte alguno esencial en el evento de que se trate (entre otras, SSTs de 26 de junio de 1982 y 17 de octubre de 1987).

2.1 Nulidad por causas generales

En primer término, debemos entender que se produce la nulidad de la adopción por defecto de capacidad de obrar específica exigida para ella –adoptante o adoptantes menores de veinticinco años (*ex art. 175, 1.º CC*)–, o por no haber recaído la aprobación judicial constitutiva de la adopción, pues, como ya se ha dicho, la adopción verdaderamente se constituye por la resolución judicial (*ex art. 176, 1.º CC*). En esta sede de nulidad por causas generales, la adopción será también nula de pleno derecho, obviamente, cuando el Juez interviniente carezca manifiestamente de competencia o de jurisdicción objetiva o funcional. Igualmente, es posible la declaración de nulidad de la adopción cuando para dictar el auto correspondiente se haya prescindido totalmente de las normas esenciales del procedimiento fijadas legalmente y que por su

infracción hayan podido generar indefensión en los interesados (SSAP de Albacete de 15 de marzo de 2000 y de Islas Baleares de 6 de junio de 2002); cuando no intervenga abogado en los casos en los que la ley exija su comparecencia; cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del Secretario judicial; o cuando se resuelvan mediante diligencia de ordenación o decreto cuestiones que, conforme la legislación vigente, hayan de ser resueltas por medio de auto o sentencia. Además, dentro de estas causas generales de nulidad de la adopción pueden incluirse otras circunstancias también genéricas, como, entre otras, que no exista una propuesta previa de la Entidad pública correspondiente cuando ésta sea necesaria por exigencia expresa del ordenamiento jurídico (*ex art. 176, 2.º CC*), o la falta de intervención del Ministerio Fiscal en el expediente, si ha producido indefensión en las partes.

2.2 Nulidad por contravención de normas imperativas o de las prohibiciones legales.

2.2.1 PRELIMINAR

Puede existir también nulidad de la adopción constituida judicialmente por infracción directa de las prohibiciones legales contenidas, básicamente, en el artículo 175 CC, como la diferencia de edad entre adoptante y adoptado que, actualmente, tras las últimas reformas del Código Civil, será, al menos, de dieciséis años y no superior a cuarenta y cinco, salvo en las hipótesis especiales contenidas en el artículo 176, 2.º CC al que se remite aquel precepto. De este modo, como indicó ya expresamente el AAP de Madrid de 26 de junio de 1998, será nula la adopción «cuando falten... requisitos de los que establecen los artículos 175 y ss. CC». Así, por ejemplo, en la trascendente y ya aludida SAP de Barcelona de 14 de febrero de 2001, con fundamento en el propio tenor del indicado artículo 6, 3.º CC, se declaró la nulidad *in radice* de una adopción por falta del requisito legal de la diferencia mínima de edad entre adoptado y adoptante –catorce años entonces–, presupuesto inexcusable por ministerio de la ley, y ello aunque se hubiesen cumplido todas las demás exigencias del ordenamiento jurídico. Asimismo, la ya citada STS de 9 de julio de 2001 advertía del supuesto en que por «la actuación negligente de los órganos administrativos» competentes, se recogió, «en forma anticipada y extemporánea (antes del parto...), el asentimiento de la actora a la hora de renunciar a darle su filiación a la niña que iba a dar a luz...», por lo que, como también manifiesta la STS de 21 de septiembre de 1999, dicho asenti-

miento previo de la madre biológica era «radicalmente nulo por su patente contradicción con una norma imperativa consignada en el último párrafo del artículo 177.2 del Código Civil», de manera que el «efecto de la contravención a una norma imperativa no es otro que la nulidad de pleno derecho», en este caso, de la adopción constituida, y todo ello de acuerdo con el artículo 6, 3.º CC²¹.

Por otra parte, y conforme al repetido artículo 175 CC, será, igualmente, nula la adopción realizada por adoptante o adoptantes que no puedan ser legalmente tutores, así como la adopción de descendientes o de parientes consanguíneos colaterales de segundo grado del adoptante²².

2.2.2 NULIDAD POR FALTA DE CONSENTIMIENTOS

La omisión injustificada de los consentimientos exigidos por la ley, la falta de consentimiento real o la decisión judicial contraria a la voluntad manifestada por las partes de no querer la adopción es causa de nulidad de la misma²³. De este modo, el artículo 177, 1.º CC —«Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años»—, supondría una norma imperativa que vincula al Juez, de manera que el consentimiento constituiría un requisito cardinal para la válida constitución de la adopción, por lo que tanto su ausencia como la negativa del mismo motivarían la inexistencia o invalidez

²¹ En cambio, el AAP de Las Palmas de 26 de julio de 2002 mantuvo que a «pesar de que el asentimiento no se realizó tal y como prevé el art. 177 CC (la madre prestó su asentimiento ocho días después del nacimiento de su hija), este Tribunal considera que ese defecto no debe impedir la constitución de la adopción, pues el asentimiento de los padres no es determinante cuando concurren los demás presupuestos legales y se considera que la adopción es la medida más beneficiosa para el menor».

²² En la doctrina especializada, MÉNDEZ PÉREZ, J. (*op. cit.*, pp. 281-282), indica que la «resolución será nula cuando la adopción se constituya contraviniendo normas imperativas, cuando se infringe una prohibición de adoptar, se incumplen los requisitos de edad de los adoptantes y la diferencia de edad con el adoptado o cuando se constituye la adopción en contra de la voluntad manifestada por los sujetos que deben consentir o asentir la misma».

²³ P.e., GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P. (2004): *Acogimiento y adopción*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 82-83. En idéntico sentido, p.e., GESTO ALONSO, B.: *op. cit.*, p. 60. En cambio, para alguna doctrina relevante, la nulidad de la adopción debería reconsiderarse en esta sede, pues el consentimiento ya no es un elemento constitutivo que perfeccione el negocio jurídico familiar adoptivo, sino que, actualmente, siendo la adopción esencialmente un acto de autoridad judicial, dicho consentimiento sólo sería un presupuesto para llegar a la resolución judicial, que es la que constituye, realmente, la adopción (O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *op. cit.*, p. 249). En cambio, algún autor considera que el ámbito de la nulidad debería extenderse, pues si «el consentimiento es una declaración de voluntad necesaria para la existencia de la adopción, el asentimiento es una exigencia para su validez, que se requiere cuando existen las personas a las que la ley concede esa facultad» (SERRANO ALONSO, E. (2006): «Comentario al artículo 177 CC», *Comentario del Código Civil*, t. 2, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Coord.), Bosch, Barcelona, p. 508).

de la adopción. En efecto, este carácter esencial e inexcusable del consentimiento en la adopción ha sido sustentado por nuestros Tribunales. Así, la ya citada STS de 18 de enero de 2011 estimó la nulidad de la adopción consentida por la madre, menor de edad, y los adoptantes –que eran los abuelos de la menor (no había entonces una norma que prohibiera la adopción de descendientes)–, pues «no solo el consentimiento de la madre biológica menor de edad, sino también el de los abuelos adoptantes venía afectado por los motivos sociales y personales que les impulsaron a celebrar un negocio jurídico familiar, la adopción, sin desear realmente los efectos de la misma», esto es, se trataba de un consentimiento simulado²⁴; o de una «simulación absoluta», como destacaba la relevante SAP de La Rioja de 9 de abril de 2015 que, en un caso análogo al anterior, declaró la nulidad «de pleno derecho de la adopción» por la «falta de una verdadera conciencia y voluntad de los otorgantes –tanto de los adoptantes como de la madre biológica–, para querer, aceptar y asumir las finalidades, consecuencias y naturaleza jurídica real de la institución de la adopción», de manera que la «acción de nulidad se basó sustancialmente en inexistencia de verdadero consentimiento... (ya que) ese negocio jurídico de adopción fue ficticio pues no hubo un real consentimiento para lo que significa realmente la adopción». En esta misma línea, la SAP de Castellón de 20 de febrero de 2006 mantuvo que resulta indiscutible del «propio tenor literal del precepto (artículo 177, 1.º CC) que a la aprobación de la adopción ha de preceder la prestación del consentimiento del adoptante ante el Juez,... siendo éste, por tanto, un requisito esencial o *conditio iuris* del negocio jurídico de la adopción, cuya ausencia da lugar a la inexistencia del mismo por aplicación del artículo 1261 CC; siendo que las normas que rigen este instituto son de carácter imperativo y de inexcusable observancia, cuya infracción da lugar por ende a la nulidad absoluta o radical de la adopción así originada...»²⁵; confirmando el AAP de Castellón de 4 de octubre de 2012 que el adoptante «o los adoptantes han de consentir la adopción en presencia judicial; siendo dicho consentimiento un acto personalísimo de los adoptantes, y que ha de ser prestado en presencia del Juez en el procedimiento de

²⁴ Por el contrario, en la relevante STS de 18 de junio de 1998, se descartó la nulidad de la adopción constituida judicialmente porque «de los hechos estimados acreditados no se desprende la existencia de simulación del consentimiento por parte del adoptante –cuestión esta que es de hecho y compete su apreciación al Juzgador...».

²⁵ También se ha considerado el consentimiento como un requisito mínimo e imprescindible «para llegar a la resolución judicial sancionadora y constituyente de la adopción» (SAP de Teruel de 28 de junio de 1995), o como «una *conditio iuris* de la adopción» (AAP de Barcelona de 9 de febrero de 1998) y también como un «requisito esencial para que pueda llevarse a cabo la adopción» (SAP de Córdoba de 1 de abril de 1998).

adopción, como requisito formal constitutivo o *ad solemnitatem*... O sea, no se puede prescindir del consentimiento prestado por los adoptantes personalmente en el procedimiento de constitución de filiación adoptiva». Por su parte, la interesante SAP de Gerona de 7 de marzo de 2002, partiendo de que para la efectiva constitución de la adopción se requiere, con carácter principal, el válido consentimiento prestado por los adoptantes, admitió que la nulidad de la adopción podría producirse –aunque no era el supuesto resuelto por ella– por concurrir un vicio invalidante en tal consentimiento, esto es, la violencia o grave intimidación, o el error esencial, vicios que, eso sí, una vez cesados, permiten al adoptante solicitar la nulidad de la adopción. Ahora bien, como también declaró la SAP de Lugo de 16 de junio de 1999, «no basta con alegar la presunción o de inexistencia (*sic*) de consentimiento... (del adoptante) o la existencia de vicios en el de los demás otorgantes», es preciso la prueba efectiva de todo ello. Así, por ejemplo, la ya aludida SAP de León de 8 de julio de 2004 denegó la nulidad de la adopción por falta de prueba de la «coacción moral ejercida sobre la voluntad del sujeto», que, supuestamente, afectó al adoptante, cuya «voluntad de adopción (habría estado)... totalmente dirigida, no emitiendo libre y voluntariamente el consentimiento requerido para adoptar...».

Por otra parte, y esto es esencial, el Juez, en interés del adoptando –que es el objetivo fundamental de la institución de la adopción, no se olvide–, podrá denegar la adopción, pese a haberla propuesto la entidad pública correspondiente y haberla consentido el adoptante y, siendo preciso, el adoptando²⁶. Este criterio se recogía, expresamente, en el artículo 173 CC, en su redacción de 1970, cuando se decía que el «Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptando, conforme a las circunstancias de cada caso...». En este mismo sentido, por ejemplo, el relevante AAP de Madrid de 26 de junio de 1998, indica que aun siendo el consentimiento «un presupuesto indispensable para la resolución judicial constitutiva de la adopción», de forma que su ausencia impide la válida constitución de la misma, ello no significa que la obtención de los consentimientos necesarios vinculen al Juez para constituir la adopción ineludiblemente, pues no se trata de un negocio jurídico de Derecho de Familia centrado en el consentimiento de los par-

²⁶ Para CASTRO LUCINI, F. (1988): «Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 584, enero-febrero, p. 158; «el eje de la adopción ha dejado de ser el consentimiento de las partes (esencial para que pueda hablarse de negocio jurídico), que se ha convertido en simple presupuesto, para pasar a serlo la decisión del Juez, que no queda vinculada por tal consentimiento».

tipicantes²⁷, esto es, «no nos encontramos ante una declaración de voluntad negocial», sino, al contrario, la adopción supone una resolución judicial que debe tener siempre presente el interés superior del menor (*ex art. 176 CC*), de ahí que el Juez puede denegar la adopción «en cuanto entienda que, no obstante la inexcusable concurrencia de los consentimientos legalmente exigidos, la constitución del vínculo de filiación no es acorde al interés del adoptando, o cuando falten otros requisitos que establecen los artículos 175 y siguientes del CC.»

Finalmente, en esta sede de prestación de consentimientos, la jurisprudencia ha establecido, en alguna ocasión, que «puede prestarse el consentimiento (a la adopción) a la presencia judicial (*sic*), o fuera de ella, siempre que fehacientemente se pueda justificar su existencia» (STS de 20 de abril de 1987).

2.2.3 PRESUNTA NULIDAD POR FALTA DE ASENTIMIENTO DE LOS PROGENITORES

Por razones de importancia práctica, sólo me referiré a la necesidad del asentimiento de los progenitores. Así, conforme al tenor del artículo 177, 2.º, 2.º CC: «Deberán asentir a la adopción:...

2.º Los progenitores del adoptando²⁸ que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación. Esta situación sólo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contra-

²⁷ En concreto, el citado Auto indica que en «nuestro ordenamiento jurídico positivo, especialmente tras la reforma operada por Ley 21/1987, de 11 noviembre, no puede sostenerse que la adopción siga girando sobre el consentimiento de las partes, cual sí de un negocio jurídico privado se tratara, con el alcance que al principio de autonomía de la voluntad otorgan los artículos 1254 y ss. del Código Civil. En efecto en la institución examinada la voluntad privada no es un elemento constitutivo del efecto jurídico, al contrario de lo que ocurre en los supuestos contractuales, de conformidad con lo prevenido en número 1.º del artículo 1261 del citado Texto Legal, sino que ha devenido en un simple presupuesto, eso sí indispensable, para la resolución judicial, que no quedando vinculado por dichas manifestaciones de voluntad, constituye el eje sobre el que gravita la constitución del vínculo jurídico adoptivo».

²⁸ Para LÓPEZ AZCONA, A. (2016): «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, pp. 64-65, prescindir el consentimiento de los progenitores biológicos «no resulta muy coherente con la previsión del art. 5.1 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, favorable a la exigencia de tal consentimiento, que -no se olvide- ha sido ratificado por España, y que requiere «el consentimiento de la madre y del padre; o, en caso de no haber padre ni madre que puedan otorgarlo, el consentimiento de cualquier persona o entidad facultada para prestarlo en lugar de los padres».

dictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁹...».

Se ha dicho por la doctrina que el asentimiento es aquel acto procesal mediante el cual una persona –progenitor o progenitores del adoptado– expresa su voluntad de permitir o admitir como conveniente la integración de otra –adoptado– en la vida de una tercera persona –adoptante–. El asentimiento, en definitiva, consiste en la declaración de conformidad con la adopción que se está tramitando en el expediente judicial correspondiente³⁰. El fundamento del asentimiento de los progenitores se halla, pues, en las consecuencias trascendentales que para ellos tiene la adopción, ya que al

²⁹ El actual artículo 781 LEC «*Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción*», modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece que: «1. Los progenitores que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el Tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente de adopción y manifestarlo así. El Secretario Judicial, con suspensión del expediente, otorgará el plazo de quince días para la presentación de la demanda, para cuyo conocimiento será competente el mismo Tribunal.

2. Si no se presentara la demanda en el plazo fijado, el Secretario Judicial dictará decreto dando por finalizado el trámite y alzando la suspensión del expediente de adopción, que continuará tramitándose de conformidad con lo establecido en la legislación de jurisdicción voluntaria. El decreto será recurrible directamente en revisión ante el Tribunal. Firme dicha resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre la necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate.

3. Presentada la demanda dentro de plazo, el Secretario Judicial dictará decreto declarando contencioso el expediente de adopción y acordará la tramitación de la demanda presentada en el mismo procedimiento, como pieza separada, con arreglo a lo previsto en el artículo 753.

Una vez firme la resolución que se dicte en la pieza separada sobre la necesidad del asentimiento de los progenitores del adoptando, el Secretario Judicial acordará la citación ante el Juez de las personas indicadas en el artículo 177 del Código Civil que deban prestar el consentimiento o el asentimiento a la adopción así como ser oídos, y que todavía no lo hayan hecho, debiendo resolver a continuación sobre la adopción.

Las citaciones se efectuarán de conformidad con las normas establecidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria para tales supuestos.

El auto que ponga fin al procedimiento será susceptible de recurso de apelación, que tendrá efectos suspensivos...».

³⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *op. cit.*, p. 249. En idéntico sentido, p.e., ARTERO FELIPE, J. L. (2001): «El elemento volitivo en la adopción», *Acciones e investigaciones sociales*, n.º 12, p. 63. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (2016): «Comentario al artículo 177 CC», *Código Civil comentado*, Vlex, <http://0-app.vlex.com.athenea.upo.es/#WW/vid/593245022> (26/9/2016), critica que aparte «del consentimiento genérico del Código, hace su aparición el asentimiento, que ni está definido por sus caracteres ni por sus efectos, de modo que no cabe otra solución que darle el mismo significado jurídico que tiene el consentimiento. ¿No es lo mismo yo consiento que yo asiento?... Porque no es razonable admitir que para el acogimiento los representantes legales del menor deben consentir, mientras que para la adopción, que produce efectos más profundos y duraderos, basta una manifestación de voluntad cualitativamente menor que el consentimiento como parece ser que para el legislador es el asentir». Por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2011): «Comentario al art. 177 CC», *Código Civil comentado*, vol. 1, A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (Directores), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 912, entiende que el asentimiento es una suerte de autorización o permiso a la adopción, que implica la aceptación de las consecuencias que les puedan acarrear.

constituirse ésta judicialmente no sólo pierden la patria potestad sobre su hijo (*ex art. 169, 3.º CC*), sino todos los vínculos jurídicos que les unían. Precisamente por ello, no se requiere legalmente este asentimiento de los progenitores cuando el adoptado es mayor de edad o está emancipado –pues la patria potestad ya se ha extinguido entonces conforme al art. 169 CC– o cuando los padres estuvieren privados de la patria potestad por sentencia firme, ya que ésta ya la extinguió definitivamente, por lo que, *a sensu contrario*, en los supuestos de privación parcial o suspensión en el ejercicio de la patria potestad, sí que será preciso dicho asentimiento parental para la adopción.

Como pone de manifiesto, acertadamente, el AAP de Granada de 26 de septiembre de 2000, la cuestión primera y principal que se plantea en esta sede es la de «si el asentimiento de los padres biológicos de los adoptados, previsto en el art. 172-2º del CC tiene carácter vinculante para este Tribunal, o si la norma se limita a exigir que se requiera el parecer de los progenitores de los adoptados, con independencia de que, una vez cumplido dicho trámite y sea cual fuere la declaración de voluntad de los mismos, quepa adoptar la decisión que se entienda más beneficiosa para el menor, aunque contradiga la opinión de sus padres biológicos... si para algún sector doctrinal el asentimiento de los progenitores del menor en sentido afirmativo, es requisito o condición *sine qua non* para acceder a la adopción, para otro sector basta con cumplir el preceptivo trámite de audiencia, tras el que cabe acordar lo procedente sin limitación alguna del margen de decisión y, siempre, desde la prevalencia del beneficio del menor...». La SAP de Cáceres de 23 de marzo de 2000 completa que, ciertamente, «no existe unanimidad ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, si el asentimiento a que alude el artículo 177,2 del Código Civil es imprescindible y vinculante para poder acordar la adopción, o si, por el contrario, el asentimiento no constituye *conditio iuris* a tal finalidad».

Es evidente que los intereses de los progenitores deben ser tenidos muy en cuenta por el Juez, puesto que sirven de criterio orientador para el mismo, pero lo esencial en la constitución judicial de la adopción, como se ha repetido, es el interés superior del menor. Así, la STS de 19 de febrero de 1988 –en un supuesto de expediente de adopción en el que el padre biológico estaba en paradero desconocido, teniendo que emplazársele por medio de edictos, habiendo quedado definitivamente establecido que no tuvo conocimiento de la existencia de la adopción hasta mucho después de consumada–, aunque hablaba de «*condicio (sic) iuris*» del asentimiento, concluía que su «ausencia puede producir una *ineficacia condicio-*

nada del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia, imponiéndole como única limitación tener en cuenta *lo que considere más conveniente para el adoptado*. De este modo, cabe la posibilidad de la constitución judicial de la adopción, aun faltando el asentimiento de los progenitores. En estas hipótesis, por tanto, la adopción que se constituya judicialmente será válida, aunque los progenitores del adoptado que no hayan asentido podrán pedir la extinción de la adopción (*ex art. 180, 2.º CC*). En este sentido, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 29 de enero de 1980, consideró que la ausencia de asentimiento, esto es, la no participación de los padres biológicos «en el expediente de adopción sólo constituye un presupuesto necesario para poder postular en el plazo de dos años la extinción de la adopción», conforme al artículo 180, 2.º CC, y no una causa de nulidad de la misma a tenor del artículo 6, 3.º CC o del artículo 1261 de ese mismo cuerpo legal.

Por otro lado, si los padres prestan su asentimiento contrario a la constitución de la adopción será el Juez el que deba ponderar la importancia de dicha oposición, de manera que si considera que los intereses del menor se van a ver perjudicados, no la constituirá. Pero si, pese a mediar ese asentimiento negativo, el Juez valora en el caso concreto como más beneficioso para el menor el ser adoptado, procederá a constituir la adopción³¹. Así, numerosas resoluciones judiciales, fundándose en el principio esencial del interés superior del menor –prevalente sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir–, han acogido esta última inteligencia. El propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión cardinal en su Auto 319/1999, de 21 de diciembre, en el que mantuvo que será «posible constituir la adopción aun cuando la madre biológica se niegue a prestar su asentimiento, pues, dentro del amplísimo arbitrio que la Ley le concede, el juez puede aprobar la adopción en estos casos, siempre que entienda que la misma es beneficiosa para el niño». También el Tribunal Supremo, en la relevante y ya citada Sentencia de 20 de abril de 1987 –seguida por la también ya aludida STS de 19 de febrero

³¹ CALZADILLA MEDINA, M.ª A.: *op. cit.*, p. 47.; quien añade: «La solución no puede ser radical, sino que habrá que ponderar múltiples factores para llegar a la conclusión final que garantice los intereses del menor. En un sentido similar debe actuar el Juez cuando los padres biológicos solicitan la extinción de una adopción constituida: para decidir, el Juez ha de hacer valer por encima de todos, el interés superior del menor». Para ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M. (1998), *Código Civil, doctrina y jurisprudencia*, t. I, Trivium, Madrid, pp. 1103-1104, queda al arbitrio del Juez «decretar o no la ineficacia imponiéndole como única condición tener en cuenta lo que considere más conveniente para el adoptando».

de 1988–, recuerda que el Código Civil «no sanciona con nulidad la carencia del *asentimiento* a diferencia de lo que acontecía en la legislación derogada (art. 176 Ley 24-4-1958)». Asimismo, en la jurisprudencia menor, el AAP de Granada de 18 de enero de 1994 mantuvo que tras «haber comparecido la madre de los menores adoptandos..., para asentir, negando su consentimiento (sic), lo adecuado, tras esa declaración de voluntad es la decisión del juzgador *a quo* sobre el fondo, tomando, la decisión que estime ajustada a Derecho, en uno u otro sentido, sobre la adopción interesada»; y la SAP de Albacete de 8 de mayo de 1996, consideró que el «juzgador para constituir o no la adopción únicamente tendrá en cuenta el interés del adoptado... (pues si el) consentimiento de los adoptantes y del adoptando mayor de 12 años... (es) obligatorio para el Juzgador obtenerlo de ellos y vinculante para dicho Juzgador,... el *asentimiento* es una facultad de los padres biológicos que pueden o no prestarlo y que, por supuesto, no vincula al Juez»; igualmente, la SAP de Almería de 21 de mayo de 1992, el AAP de Badajoz de 4 de julio de 1996³², el AAP de Barcelona de 9 de febrero de 1998³³, la SAP de Córdoba de 1 de abril de 1998³⁴, la SAP de Cáceres

³² «... asentir no es lo mismo que consentir, pues mientras que el consentimiento supone condescender en que se haga una cosa o permitir su realización, el asentimiento sólo implica admitir la conveniencia de lo que otro ha propuesto antes, de modo y manera que, si existiese discordancia entre lo consentido y lo asentido (o, por mejor decir, lo no asentido) ha de prevalecer lo consentido; y, en concreto, en el supuesto ahora examinado, existiendo un interés preferente tutelable, que es el del adoptando, éste debe prevalecer frente al interés de los padres biológicos, que ha de doblegarse frente a la protección prevalente a otorgar al adoptando».

³³ «... es factible proporcionar al asentimiento un valor distinto al del consentimiento; en efecto, teniendo presente la elaboración realizada por la doctrina alemana respecto del consentimiento en los actos y negocios jurídicos no negociables, se puede afirmar que el asentimiento no es más que una declaración de voluntad realizada para un acto o negocio jurídico ajeno en cuanto que no interviene en él, razón por la cual dicho asentimiento sólo tiene la eficacia que le atribuye la Ley en cada caso concreto. En base a esto se puede afirmar que el asentimiento (o disentimiento) que determinadas personas manifiestan en el expediente de adopción no es una *conditio iuris* de la misma por las siguientes razones: a) porque se fundamenta en la patria potestad y en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma (o en el matrimonio) y ésta tiene actualmente un carácter de función, esto es, ha perdido todo carácter patrimonialista sobre el hijo biológico; b) porque la única eficacia que le reconoce la Ley es la posibilidad temporal y limitada por el interés del menor, que tiene el progenitor biológico de solicitar la extinción de la adopción cuando sin culpa suya no hubiera intervenido en el expediente, es decir, en el caso de que no hubieran podido mostrar su asentimiento o disentimiento (artículo 180). En conclusión, el asentimiento o disentimiento de los padres naturales del adoptado, concurriendo los presupuestos de la adopción (el consentimiento del adoptante y, en su caso, del adoptando y la situación previa de desamparo del menor o la especial relación existente entre el adoptante y el adoptado), no determina la corrección o incorrección de la adopción constituida».

³⁴ «...si la madre presta su consentimiento para la adopción, y el padre niega su asentimiento, el Juez debe seguir conservando su arbitrio para aprobar o no la adopción, máxime cuando el artículo 177 del Código Civil no sanciona con nulidad la ausencia de asentimiento, si estimase que la adopción es beneficiosa para el adoptando...».

de 23 de marzo de 2000³⁵, la SAP de Las Palmas de 11 de junio de 2002³⁶, el AAP de Las Palmas de 26 de julio de 2002³⁷, la SAP de Cádiz de 11 de abril de 2005 y el AAP de Gerona de 2 de diciembre de 2010, coinciden en entender que debe asumirse la decisión que más favorezca al menor, que busque su interés superior, con independencia de la consideración negativa a la adopción de los padres biológicos. En concreto, el ya citado AAP de Granada de 26 de septiembre de 2000 concluye que debe procurarse el beneficio del menor, «en todo caso, pues como el T.S. declaró en sentencia de 20-4-87, en los procedimientos de adopción, *es obligado dejar establecido como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí -dice el Alto Tribunal- que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyo interés debe primar frente a los demás que pueden entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil.* Por ello, la Sala entiende que es factible prescindir del asentimiento de los padres, y que más allá de la negativa de éstos (en este caso, de la apelante) se ha de

³⁵ «... precisamente con base en dicho principio –el supremo interés de los menores – esta Sala hace suyo el criterio del juzgador de instancia sobre el particular, y considera que la negativa del Sr. S. R. a prestar su aquiescencia a la adopción de su hija biológica por quienes han promovido el expediente no supone un obstáculo para que el órgano jurisdiccional pueda entrar en el examen de cuál es el interés superior de la menor adoptando y, por ende, dilucidar cuál es la resolución más adecuada en el supuesto que se analiza...».

³⁶ «... esa necesidad de asentimiento por parte de quienes son titulares de la patria potestad deriva (*sic*) de la necesidad de garantizar el bienestar de los menores, siendo éste el único punto de referencia que se ha de tener en cuenta, pues siempre ha de primar el interés del adoptado, que ha de prevalecer sobre otros intereses en el curso de la adopción, y, entre ellos, con el que puedan tener sus padres biológicos...».

³⁷ «debe tenerse en cuenta la distinta trascendencia que la Ley da al consentimiento y al asentimiento; mientras que del primero no puede prescindirse en la adopción, del segundo sí, por cuanto la Ley permite en determinados supuestos su ausencia. En definitiva, corresponde al Juez valorar en su justa medida las circunstancias concretas del caso para decidir aprobar o no la adopción solicitada, teniendo en cuenta siempre lo más conveniente para el menor. En el presente caso, se prestó el asentimiento necesario, y aunque esta manifestación de voluntad se realizara sin respetar el plazo marcado legalmente, lo cierto es que concurren los demás presupuestos legales para acordar la adopción solicitada y, sobre todo, existe un interés preferente que debe ser objeto de tutela, que es el del adoptando. Por tanto, rigiéndose la adopción por el principio del *favor minoris*, el prudente arbitrio judicial es el que ha de valorar lo más conveniente para el menor cuya adopción se solicita...»

indagar acerca de cuál puede ser la resolución más favorable para el interés superior de los menores, entendiendo la adopción como un instrumento de integración familiar, a cuyos efectos hemos de resaltar que durante la sustanciación de este procedimiento se han aportado al expediente todos los elementos necesarios para acordar lo más conveniente para los menores»³⁸.

Frente a esta posición se alega que, como parece derivar del citado artículo 177, 2.º CC –«*Deberán asentir*», dice expresamente–, el asentimiento de los progenitores parece ser imperativo o necesario (SAP de Sevilla de 12 de mayo de 1994 y SAP de Granada de 30 de mayo de 2014 –que dice que en el art. 177 CC «está el asentimiento preceptivo de los padres biológicos»–), asentimiento, por ende, vinculante para el Juez, de modo que no podrá constituirse válidamente la adopción sin la intervención de quienes deben prestarlo legalmente o contra su voluntad explícitamente manifestada. La necesidad y el carácter vinculante del asentimiento también derivaría de la trascendencia de la adopción respecto a la extinción del vínculo familiar entre el adoptado y sus progenitores. Así, ya la STS de 8 de marzo de 1988 declaró la «nulidad radical o absoluta» de la adopción por falta de asentimiento de la madre de la menor, progenitora, que no había abandonado a su hija³⁹ y a la que no se citó porque en el expediente se partió, falsamente, de que la adoptanda era hija de «padres desconocidos». Esta tesis ha sido acogida también en numerosas sentencias de la jurisprudencia menor. Así, la SAP de Navarra de 22 de junio de 1992 (siguiendo al AAP de Navarra de 9 de marzo de 1992), partió de que el «asentimiento es una *conditio iuris* (así lo califica... la STS 19-2-1988) de manera tal que se elimina el carácter potestativo de la intervención de los que deben asentir, pues es un deber, una necesidad su intervención, ya que en definitiva supone una vía excepcional de renuncia voluntaria a la patria potestad, de ahí que no pueda producirse la adopción sin contar con los titulares de aquélla, pues la adquisi-

³⁸ De manera que, sigue diciendo el Auto comentado, «resultan suficientes razones para la procedencia de la adopción, habiéndose acreditado la incapacidad -sobradamente demostrada- de la familia biológica, y concretamente, de sus padres, para asumir de forma responsable las funciones que la patria potestad supone (repetidas pruebas de desentendimiento respecto de los menores), que hacen imposible la reinserción en dicha familia biológica, a lo que hemos de añadir el continuo, tajante y expreso rechazo de los menores a volver con sus padres biológicos, la idoneidad declarada de los acogedores, la información absolutamente favorable de la Entidad Pública, a la adopción solicitada, que redonda en la estabilidad afectiva, equilibrio emocional y desarrollo integral de los menores».

³⁹ En cambio, la STS de 12 de noviembre de 1988, denegó la petición de nulidad de la adopción realizada por la madre biológica que no había prestado su asentimiento, porque había abandonado a la menor y, conforme al antiguo artículo 174 CC, «*en la adopción de menores abandonados no será necesario el consentimiento de los padres*», «habiéndose cumplido con el requisito puramente formal de habersele dado conocimiento del expediente de adopción a la madre donde manifestó su oposición...».

ción por parte del adoptante de la patria potestad sobre el adoptando debe ir precedida de la pérdida, en este caso por renuncia, de los padres por naturaleza... (Por tanto, la) regulación legal contenida en el art. 177 del Código Civil, lleva a la conclusión de que quienes no se hallan privados de la patria potestad ni incurso en causa legal que dé lugar a ella ni imposibilitados de prestarlo, deben asentir-admitir la adopción necesariamente, de manera tal que si no asienten no cabe acceder a la adopción instada». Igualmente, la SAP de Teruel de 15 de abril de 1993⁴⁰, la SAP de Sevilla de 12 de mayo de 1994 (no se puede prescindir por el Juez «del requisito inexcusable del asentimiento de los padres naturales en aquellos casos en que es necesario»); el AAP de Castellón de 8 de septiembre de 2000 –el art. 177 CC «no puede ser interpretado sino en el sentido de que resulta preciso que (los progenitores) acepten la adopción...»–, la SAP de Alicante de 7 de febrero de 2005 (si «fuera necesario su asentimiento, no podría llevarse adelante la adopción con su oposición») y el AAP de Madrid de 26 de abril de 2006⁴¹, coinciden en que, más allá de la prevalencia del interés del menor sobre el de los restantes afectados por la adopción, la negativa de los progenitores respecto de la adopción supone un veto vinculante para el Juez que debe resolver el expediente judicial, de modo que el disentimiento de los obligados a prestar dicho asentimiento impide o invalida la constitución de la adopción. Concluyendo, en esta sede, la SAP de Orense de 15 de octubre de 2014 (en la misma senda que la SAP de Madrid de 16 de septiembre de 2008⁴², la SAP de Burgos de 8 de octubre de 2010⁴³ y la ya citada SAP de Alicante de 17 de octubre de 2011), que no

⁴⁰ «...atendiendo a lo establecido en el art. 177-2-2.º del Código, es evidente que el Juzgado no podía, so pena de nulidad de la adopción, decretarla una vez negado su asentimiento por quienes tenían la facultad de otorgarlo».

⁴¹ «Si los obligados a prestarlo (el asentimiento) no lo hacen sino que se muestran contrarios, es decir, disienten, no autorizan la adopción, no puede constituirse ésta. Así lo entiende la mayoría de la doctrina. Del texto legal se infiere (*deberán asentir*) que el disentimiento de los obligados impide o invalida la constitución de la adopción... Es significativamente importante, vista la regulación legal, el asentimiento a la adopción, porque los padres están haciendo una renuncia a su patria potestad. Ahí está el fundamento de la necesidad de su asentimiento».

⁴² «... la referida manifestación de voluntad que, conforme a lo prevenido en el artículo 177-2 del Código Civil, constituye un requisito *sine qua non* para la posible constitución del vínculo adoptivo, ha de ser mantenida en el curso del procedimiento, pues ningún precepto, sustantivo o procesal, se opone a que, por unas u otras razones, el asentimiento inicialmente prestado por quiénes a ello vienen obligados, a tenor del referido precepto, sea ulteriormente retirado, lo que, de ser así, se constituye en un insalvable impedimento para la constitución del pretendido vínculo familiar. Tratándose de los padres biológicos del adoptando, la ineludible necesidad de su asentimiento tan sólo cede en el supuesto en que los mismos, tratándose de un hijo no emancipado, estén privados de la patria potestad por sentencia firme, o incurso en causa legal para tal privación...».

⁴³ «El artículo 177 del Código Civil determina, en cuanto al trámite de la adopción, que será necesario siempre... *el asentimiento de los padres del adoptado* (apartado 2 n.º 2)

«cabe duda que en la vigente regulación de dicha institución (la adopción) es requisito indispensable que la misma sea *asentida* o en definitiva *consentida* por los padres biológicos o naturales del adoptando... (de manera que) debe «bastar el no consentimiento de los padres naturales para que la adopción no pueda ser judicialmente aprobada; pero es lo cierto que tal asentimiento dejará de ser requisito *sine qua non* para la adopción y no será en ningún caso preciso cuando los padres naturales hayan sido privados de la patria potestad o estén incurso en causa legal para tal privación». También, recientemente, la SAP de Murcia de 23 de diciembre de 2015 parece inclinarse por esta inteligencia cuando declara que, de acuerdo con el artículo 177 CC, «se requiere en todo caso el asentimiento de los padres biológicos», afirmando la SAP de Granada de 27 de noviembre de 2015 que es «muy mayoritaria la jurisprudencia menor que defiende el carácter vinculante del asentimiento, que, además, precisa que es un derecho diferente al derecho que tienen los padres a ser oídos y que también es diferente al consentimiento». Por todo ello, la doctrina mayoritaria concluye que para la válida constitución de la adopción no se puede prescindir del asentimiento de los progenitores. Todos los requisitos legales parecen pretender la exigencia del asentimiento para la creación del vínculo adoptivo, en particular, la posibilidad de los padres biológicos de impugnar la adopción, solicitando su extinción si no presntaron el asentimiento en el expediente adoptivo sin culpa suya (*ex art. 180, 2.º CC*). Estas exigencias carecerían de sentido, se dice, si la falta de asentimiento no vinculase al Juez en el momento de constituir la adopción. Igualmente, quedaría sin sentido el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, en el que habrá de resolverse si concurre o no en el supuesto causa de privación de la patria potestad que justifique otorgar simple audiencia de los progenitores en vez de solicitar su asentimiento a la adopción, o a la inversa. En definitiva, atendiendo a la regulación legal, el disasentimiento de los progenitores impediría la constitución judicial de la adopción⁴⁴.

a menos que estén privados de la patria potestad por sentencia firme, o incurso en causa legal para la privación...».

⁴⁴ GESTO ALONSO, B.: *op. cit.*, pp. 78-79. En este mismo sentido, p.e., GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2000): «Constitución de la adopción: declaraciones relevantes», *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 7, pp. 161-162. También GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P.: *op. cit.*, pp. 87-88, concluyen que si «se admitiera la irrelevancia del desistimiento de los padres a la adopción, se estaría posibilitando que estos pierdan a sus hijos definitivamente y sin ningún tipo de garantías ni posibilidades de defensa». La misma solución debe mantenerse en el caso de que uno de los progenitores asienta y el otro se oponga (SAP de Madrid de 16 de septiembre de 2008).

A mi juicio, en cambio, debería prevalecer la tesis jurisprudencial y doctrinal contraria, esto es, que el disenso de los progenitores no impide la adopción, si el interés del menor así lo exige, mediante resolución motivada de la autoridad judicial. Téngase presente que, si en el supuesto de ejercicio de la acción de extinción de la adopción (*ex art. 180, 2.º CC*), el Juez puede prescindir del asentimiento de los progenitores si considera que la adopción está adecuadamente constituida en beneficio superior del adoptado, no hay razón para concederle relevancia invalidante al disenso a la adopción en el expediente judicial en el que se acuerde la misma, si el Juez entiende, fundadamente, que se protege dicho interés superior del menor.

2.2.4 CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE AUDIENCIA DE LOS PROGENITORES

Por motivos de importancia práctica, sólo me referiré a la necesidad de la audiencia de los progenitores y no de otras personas indicadas en el Código Civil. Así, a tenor del artículo 177, 3.º, 1.º CC: «Deberán ser oídos por el Juez:

1.º Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción...».

Por tanto, como deriva del artículo 177, 2.º, 2.º CC en relación con el citado artículo 177, 3.º, 1.º CC, deben ser oídos los progenitores del adoptando que estuviese emancipado, así como los progenitores incurso en causa legal de privación de la patria potestad, habiendo sido recogida, reiteradamente, esta última inteligencia por la jurisprudencia menor (SAP de Zaragoza de 30 de mayo de 1992, SAP de Huesca de 13 de octubre de 1994, SAP de Cádiz de 9 de junio de 2010, etc.). Sin embargo, por no ser progenitores legales, quedan excluidas de este trámite de audiencia las personas cuya paternidad no esté determinada legalmente al tiempo de tramitarse el expediente judicial de adopción (*vid.*, en este punto, la relevante STS de 2 de marzo de 1989).

El trámite de audiencia pretende que los progenitores que tienen derecho a ser oídos puedan expresar su opinión sobre la conveniencia o no de la constitución de la adopción pretendida. Así, el Juez tendrá otros elementos de contraste que, debidamente ponderados, le conduzcan a una resolución ajustada a los presupuestos legales y a «los intereses prevalentes en la adopción» (STC 143/1990, de 26 de septiembre). La audiencia de los progenitores correspondientes supone un acto meramente informativo, de

manera que las manifestaciones vertidas ante el Juez no le vinculan en ningún modo, tanto si son favorables como desfavorables o de clara oposición a la constitución de la adopción. Así, en la redacción del antiguo artículo 173 CC –conforme a la regulación de 1979–, se decía que el «Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando... en cuanto a las personas que deban ser oídas, aun cuando comparezcan manifestando su criterio desfavorable a la adopción». En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia menor, por ejemplo, la importante SAP de Navarra de 22 de junio de 1992 (debiendo ser simplemente oída la madre biológica, ello no constituye «una *conditio iuris* a diferencia del asentimiento, por lo que no obstante oponerse la madre a la adopción, ésta debe acordarse a favor de la solicitante» en interés superior del adoptando); el también relevante AAP de Granada de 26 de septiembre de 2000 (que denegó la nulidad de la adopción pues «se acordó oír a los padres biológicos conforme al art. 177-3º, del C.C., en relación con el nº 2 de dicho artículo, los que tan sólo manifestaron no estar conformes con la misma, sin ninguna otra actividad procesal»); los AAAP de Castellón de 16 de julio de 2001 y de 8 de septiembre de 2000 (hay que distinguir «los supuestos en los que los padres únicamente han de ser oídos, lo que determina que sus manifestaciones no sean vinculantes, y aquellos otros en los que dichos padres deberán prestar su asentimiento, lo que no puede ser interpretado sino en el sentido de que resulta preciso que acepten la adopción...»); la también citada SAP de Alicante de 7 de febrero de 2005 (si «fuera necesario su asentimiento, no podría llevarse adelante la adopción con su oposición, mientras que, si no lo estuviera y bastara su audiencia, tal oposición no sería vinculante»); la SAP de Valencia de 9 de noviembre de 2005 (la audiencia «supone el cerramiento del círculo subjetivo y constituye un eslabón jamás vinculante para el Juez y que pone en conocimiento de éste el parecer que sobre la adopción tienen los padres *que no han sido privados de la patria potestad cuando su asentimiento no sea necesario*»); la SAP de Alicante de 17 de octubre de 2011 («La audiencia es simplemente la ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrecen a un interesado en juicio o expediente. Se trata de ilustrar el conocimiento del Juez y fundar su decisión, pero sin que la opinión de tales personas sea una declaración negocial básica ni constituya una *conditio iuris* de eficacia del negocio adoptacional. El trámite es obligatorio pero el resultado no es en modo alguno vinculante para el Juez»)⁴⁵; etcétera. Ahora bien, aunque el trámite de

⁴⁵ Para el AAP de Madrid de 26 abril de 2006 la audiencia se reserva hoy «para los padres que no hayan sido privados de la patria potestad cuando no sea necesario su asenti-

audiencia es informativo, también es preceptivo —«*Deberán ser oídos*», dice el art. 177, 3.º, 1.º CC—, de modo que su ausencia daría lugar a la nulidad de las actuaciones por vulnerar las normas esenciales del procedimiento, generando indefensión a las partes⁴⁶, por lo que quedaría abierta la posibilidad de pedir la extinción de la adopción conforme al artículo 180, 2.º CC.

Como sucede con la prestación del asentimiento, la exclusión del trámite de audiencia de los progenitores solo se justifica cuando por desconocerse su domicilio o paradero no pudieran ser citados quienes deben ser oídos; o cuando, previa citación judicial adecuada, aquellos progenitores no comparecieran. En tales supuestos, la adopción así constituida judicialmente será válida, si bien la omisión del trámite de audiencia —como sucedía con la omisión, por las mismas causas, del cardinal trámite de asentimiento—, puede repercutir ulteriormente en el vínculo adoptivo. Y ello porque, repito, la constitución de la adopción sin intervención de los progenitores en el expediente de adopción, permite a aquellos, conforme a lo indicado en el artículo 180, 2.º CC, pedir la extinción de la adopción⁴⁷, en el sujeto a caducidad plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial constitutiva de la adopción.

Por todo ello, para evitar la indefensión judicial —contraria al derecho de tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24 CE—, el juzgado debe guardar especial celo en las citaciones y emplazamientos de los progenitores del adoptando. De este modo, la ya aludida y relevante STC 143/1990, de 26 de septiembre, mantuvo que «debe procederse al emplazamiento personal siempre que los interesados sean conocidos e identificables a partir de los datos que obren en el escrito de interposición o sea, el expediente, sien-

miento, constituyendo tal acto la ocasión de emitir una opinión, un punto de vista, ofreciendo razones para ilustrar el conocimiento del Juez y fundar su decisión. No es pues declaración negocial básica, como el consentimiento ni condición necesaria de la eficacia del negocio, siendo no obstante, el trámite obligatorio, so pena de nulidad del expediente pero el resultado de la audiencia no es en modo alguno vinculante para el Juez».

⁴⁶ Así, la ya citada STC 143/1990, de 26 de septiembre, concluye que el «Juez pudo llegar a conocer sin la menor dificultad el domicilio de la madre biológica del menor, hoy recurrente en amparo, con sólo haber desplegado *una sencilla actividad*, pues tal domicilio constaba en las actuaciones practicadas ante el Tribunal Tutelar de Menores de Pamplona en el precedente expediente de protección del citado menor de edad. La omisión de esta mínima diligencia judicial ha impedido la comparecencia y la audiencia de la solicitante de amparo en el procedimiento de adopción de su hijo menor, colocándola así en una situación de indefensión incompatible con el art. 24 de la Constitución. Debemos, pues, corregir dicha indefensión mediante la anulación de lo actuado».

⁴⁷ GESTO ALONSO, B.: *op. cit.*, pp. 85-86; quien añade que «fuese cual fuese el modo en que les correspondiese intervenir (a los progenitores) en el expediente de adopción, su ausencia involuntaria en aquél, les permite solicitar la extinción del vínculo adoptivo válidamente constituido», eso sí, concurriendo «otras circunstancias también previstas en el art. 180.2 CC, como que la extinción de la adopción no perjudique gravemente al menor y que la acción correspondiente se ejercite en el plazo de caducidad de dos años a contar desde la adopción cuya extinción se solicita».

do sólo válida la citación edictal cuando no conste en las actuaciones el domicilio de la persona que debe ser emplazada o se ignore su paradero por haber cambiado de domicilio. Tal doctrina es, sin duda, aplicable a los procedimientos judiciales de adopción, en los que, por estar en juego intereses de la mayor importancia en el orden personal y familiar, resulta especialmente necesaria la comparecencia de los padres biológicos del menor adoptado, lo que le obliga a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo los actos judiciales de comunicación con estos últimos que se practiquen en tales procedimientos».

3. LA LLAMADA EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN

3.1 Introducción

Como ya se ha dicho anteriormente, la adopción es irrevocable (*ex art. 180, 1.º CC*), por lo que solamente puede extinguirse por decisión judicial en los supuestos taxativamente previstos legalmente⁴⁸. Como declara la relevante STS de 9 de julio de 2001, la adopción, «al crear con fuerza constitutiva, un nuevo estado jurídico, exige para conseguir su ineficacia, la declaración de extinción, dado el carácter irrevocable de la adopción, en los supuestos permitidos (artículo 180 del Código Civil)». Así, conforme al excepcional artículo 180, 2.º CC: «El Juez acordará la extinción de la adopción a petición de cualquiera de los progenitores que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177. Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemen-

⁴⁸ En cambio, para VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (2016), «Comentario al artículo 180 CC», *Código Civil comentado*, Vlex, <http://vlex.com/vid/articulo-180-593245022> (10/10/2016), «se legisla aquí una revocación que eufemísticamente el legislador denomina *extinción*, cuando en verdad se trata de una revocación que, a fin de no complicar en demasía el problema de por sí complejo, se ha preferido *extinguir* la adopción firme mediante un procedimiento ordinario, sin enviar a los interesados a un recurso de revisión, que hubiera sido lo técnicamente aceptable». Por su parte, BARBER CÁRCAMO, R. (2011): «La filiación adoptiva», *Tratado de Derecho de la Familia*, Volumen V, M. Yzquierdo Tol-sada y M. Cuenca Casas (Directores), Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, p. 619; advierte que el artículo 180, 2.º CC «contempla un supuesto de extinción de la adopción válidamente constituida, que enlaza con la imposibilidad de revocación, en cuanto ésta también es un instrumento dirigido a lograr la ineficacia sobrevenida de un acto estructuralmente válido. Obviamente, la diferente naturaleza de ambas medidas impide entender que este segundo párrafo constituya una excepción a la general irrevocabilidad contemplada en el primero».

te al menor. Si el adoptado fuere mayor de edad, la extinción de la adopción requerirá su consentimiento expreso». La adopción, por tanto, se extinguirá únicamente por resolución judicial dictada en un proceso como consecuencia del ejercicio de una acción de impugnación, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, y previa comprobación de la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos contenidos en el citado artículo 180, 2.º CC. En este sentido, por ejemplo, la SAP de Madrid de 27 de octubre de 2006, denegó la demanda de extinción de la adopción interpuesta por el padre biológico de los menores adoptados, porque no concurría ninguno de los requisitos contenidos en el mencionado precepto del Código Civil, ya que el demandante no acreditó que su ausencia formal y procesal en el expediente de adopción se debiese a causas ajenas a su voluntad. Además, interpuso la demanda extemporáneamente y sin justificación alguna pues conoció la constitución de la adopción sobre sus hijos antes de que hubiese transcurrido el plazo preceptivo y de caducidad de los dos años y, finalmente, porque la pretensión interesada resultaba gravemente perjudicial para los intereses de los menores adoptados. Por otra parte, no cabe, pues, atendiendo a los presupuestos taxativos e infranqueables del estudiado artículo 180, 2.º CC, la extinción de la adopción por mutuo disenso de los interesados en ella, ni tampoco por modificación alguna sobrevenida de las circunstancias relevantes a la hora de su constitución judicial.

Para la doctrina, la naturaleza de esta acción de extinción de la adopción es semejante a la de las acciones de impugnación de la filiación, con la diferencia de que no se intenta corregir una discordancia entre la verdad biológica y la jurídica, sino extinguir una filiación existente⁴⁹, esto es, supone poner término a una adopción constituida legalmente, lo que supondría una nulidad de actuaciones que abarca a todo el proceso y a la sentencia misma. El funda-

⁴⁹ «... se trata de una acción de impugnación *sui generis*, puesto que, mientras que aquellas acciones (de impugnación) tienden a destruir la apariencia de una paternidad o maternidad natural inexistente, la del art. 180.2 CC se dirige a extinguir una relación filial existente real y válidamente constituida» (FELIÚ REY, M. I.: *op. cit.*, p. 207). En el mismo sentido se pronuncia VARGAS CABRERA, B. (1994): *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores: doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional: ley 21/87 de 11 de noviembre*, Comares, Granada, pp. 288-289; destacando que, «pese a la diferencia apuntada, la estructura de todas estas acciones es la misma (impugnar el *status filii* y el *status familiae*) y las diferenciaciones obedecen al diverso origen de la acción de filiación (procreación biológica y acto procesal)».

mento de la acción estaría en el derecho de los progenitores de evitar los efectos de una situación de indefensión judicial. De este modo, no se puede aprobar judicialmente una adopción vulnerando el derecho del progenitor a intervenir en el expediente, porque se lesiona un derecho fundamental como es el de la relación paterno-filial, teniendo muy presente que con la adopción se rompe definitivamente todo vínculo jurídico con los hijos adoptados; sin olvidar que la falta de personación de los progenitores en el expediente de adopción también infringiría el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (*ex art. 24 CE*). En este punto, la SAP de Murcia de 16 de marzo de 2006 declara que la «extinción de la adopción tiene por causa la falta de consentimiento» de los progenitores, señalando el AAP de León de 20 de febrero de 2007, que si «la ley permite solicitar la extinción de la adopción... y si la carencia de toda información hace inviable el ejercicio de tal derecho, parece evidente que habrá que facilitar a quien pretende ejercer la acción de impugnación, los datos mínimos indispensables para poder hacer uso del derecho que le asiste, sin que ello implique que tenga que llegar a su conocimiento datos como el nombre de los adoptantes o el domicilio de los mismos, pues de lo contrario se le está negando toda posibilidad de ejercitar la acción...». Eso sí, como ya manifestaba la citada y trascendente STS de 9 de julio de 2001, por cuanto «implica jurídicamente a otras personas, adquirentes de unos *stati* relevantes... la intervención de los padres adoptantes en la eventual impugnación de la adopción sería absolutamente necesaria, de suerte que su anulación *inaudita parte* daría lugar a indefensión prohibida por el artículo 24 de la Constitución Española».

Cesando el vínculo jurídico de la adopción termina, consecuentemente, y en adelante, todo derecho y toda relación jurídica entre el adoptado y su familia adoptiva, sea del tipo que sea, como el derecho de alimentos, el derecho a llevar los apellidos, los derechos sucesorios o legitimarios, etc. No obstante, se conservan los derechos adquiridos o situaciones producidas como consecuencia de pactos realizados o hechos acontecidos bajo el amparo del estatus de la adopción, como, por ejemplo, si el adoptado heredó al adoptante⁵⁰. Así, en esta línea, y conforme al artículo 180, 3.º, último inciso, CC, la extinción de la adopción no «alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos», de manera que, como confirma el AAP de Barcelona de 13 de octubre de 2004, «aún en la hipótesis de la extinción de la adopción (conforme al art. 180, 2.º CC) no se extinguirían los derechos patrimoniales adquiridos con anterioridad».

⁵⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *op. cit.*, p. 600.

3.2 Presupuestos

3.2.1 PETICIÓN SÓLO DE CUALQUIERA DE LOS PROGENITORES

A diferencia de la legislación anterior, que permitía la revocación de la adopción a instancia de los padres biológicos, del propio adoptado y del Ministerio Fiscal, en la actual regulación de la materia se legitima activamente sólo a «cualquiera de los progenitores» del adoptado. El artículo 180, 2.º CC, pues, es una norma de carácter personalísimo, por lo que es indisponible para terceros ajenos al vínculo familiar, e, incluso, significativamente, para el propio adoptado, contrariamente a lo que ha sido tradicional en nuestra legislación española –art. 180 CC en su redacción original; art. 175, 2.º, 2º de la Ley de 24 de abril de 1958 y art. 177, 3.º, 1º de la Ley de 4 de julio de 1970–, lo que constituye por parte del legislador de 1987 el claro propósito de fortalecer al máximo la institución de la adopción como filiación estable (SAP de Zamora de 8 de junio de 1998), como un *status familiae* (SAP de La Rioja de 9 de abril de 2015). En efecto, esta evidente pretensión de irrevocabilidad, de permanencia, resulta expresamente manifestada en el Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, cuando alude al «fortalecimiento de la adopción, derivado de la reducción de los casos en que es posible decretar la extinción por la vía judicial» y ha quedado confirmada con el mantenimiento del precepto en las últimas reformas del Código Civil de 2015. En el suplico de la demanda se podrá pedir no sólo la extinción de la adopción constituida, sino la reintegración del adoptado a la familia del demandante, si antes estaba bajo la guarda o custodia de una Entidad pública. Es más, por medio de otrosí, el actor puede solicitar también que se adopten las medidas judiciales de protección necesarias sobre la persona y los bienes del adoptado menor o incapaz, aunque tales medidas pueden ser acordadas de oficio por el Juez competente⁵¹.

3.2.2 QUE LOS PROGENITORES NO INTERVINIERAN, SIN CULPA, EN EL EXPEDIENTE DE ADOPCIÓN.

a) *Ideas generales.*

Con este presupuesto específico de inasistencia no culpable de los progenitores en el expediente adoptivo, este precepto quiere

⁵¹ GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P.: *op. cit.*, pp. 88-89. Considera CARRASCO PERRERA, Á. (*op. cit.*, p. 218) que la «extinción se configura en la actualidad como una especie de oposición de tercero a la eficacia de una resolución judicial en la que, debiendo, no ha sido parte, soportando por ello una situación de gravamen *inaudita parte*».

prevenir los supuestos de falta de rigor procesal y, en todo caso, salvaguardar el derecho constitucional de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24, 1.º CE. En efecto, el Juez actuante deberá irremisiblemente decretar la extinción de la adopción constituida, en cuanto el conflicto trasciende de una cuestión entre las partes de carácter sustantivo, suponiendo más bien un problema de garantías constitucionales de defensa judicial cuya observancia el Tribunal Constitucional viene exigiendo a los Tribunales ordinarios a través del recurso de amparo (vid., p.e., la fundamental STC 143/1990, de 26 de septiembre)⁵².

Por consiguiente, los progenitores del adoptado podrán accionar sólo cuando, por causas no imputables a ellos, no hubieren prestado su asentimiento (o audiencia) a la adopción constituida judicialmente, porque estaban imposibilitados para hacerlo, porque se ignoraba su paradero o porque injustificadamente se omitió su intervención en el expediente de adopción⁵³. En cambio, se denegará la extinción de la adopción por existir culpa de los progenitores cuando ellos provocaron o consintieron su ausencia en el expediente judicial correspondiente, «pues sólo la incomparecencia voluntaria o por negligencia inexcusable de la parte podría justificar, en principio, una resolución *inaudita parte*» (STC 143/1990, de 26 de septiembre); como en el supuesto de no intervención por culpa del padre biológico no determinado legalmente, pues «el recurrente pudo determinar la filiación paterna desde el mismo instante del nacimiento sin ningún obstáculo y, sin embargo, no lo hizo...» (SAP de Vizcaya de 25 de marzo de 2002). En definitiva, será el padre o la madre o los dos padres biológicos los que tengan que demostrar que no han tenido la culpa de no intervenir en el expediente de adopción que les privó definitivamente del vínculo de filiación, correspondiendo, por tanto, a ellos, la carga de la prueba. Así, por ejemplo, la STS de 2 de marzo de 1989 ya establecía que los interesados «han de probar, que si no intervinieron ni prestado consentimiento, fue por causa no imputable a ellos...», confirmando la relevante y ya repetida SAP de Zamora de 8 de junio de 1998 que el «padre impugnante tiene la carga de probar que si

⁵² También el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de febrero de 1985 declaró que la innecesariedad del asentimiento de los padres biológicos «no elimina la necesidad de que los mismos hayan de ser oídos, requisito este que se impone con carácter imperativo... (sucediendo que la madre biológica) no fue citada en el expediente de adopción ni por lo tanto *oída* lo que aun admitiendo el abandono constituye un defecto esencial que afecta a la validez del negocio adoptacional».

⁵³ MÉNDEZ PÉREZ, J.: *op. cit.*, pp. 273 y 277-278. Para LLEDÓ YAGÜE, F. (*op. cit.*, p. 439), tratándose «de los padres, si están privados legalmente de la patria potestad o bien han dado causa para ello estos padres no deben prestar asentimiento alguno, y tampoco es preceptivo que deban ser oídos en el expediente (véase art. 177 n.º 3 a *contrario sensu*)».

no intervino ni prestó el asentimiento para la adopción, fue por causa no imputable a él...», y declarando la SAP de Málaga de 27 de noviembre de 2000 la improcedencia de la extinción de la adopción porque la incomparecencia del progenitor en el expediente «se produjo por la sola voluntad negligente» de éste, o por «la pasividad e indiferencia de la apelante» –como dijo la SAP de Gerona de 5 de julio de 2002–; o por «una actitud totalmente pasiva de la madre» –como declaró la SAP de Málaga de 16 de enero de 2004–, o por la «propia desidia o negligencia» de los progenitores del adoptado, «pero en modo alguno (se debió al error del)... Juzgado» –como concluyó el AAP de Badajoz de 22 de octubre de 2007–.

b) *Supuestos de falta de asentimiento.*

Una de las causas principales para la impugnación del expediente de adopción es, a tenor de lo dispuesto en el artículo 177, 2.º, 2.º, primer inciso, CC, la ausencia de asentimiento de los progenitores del adoptando, cuyas posibles consecuencias anulatorias ya han sido abordadas y consideradas anteriormente. No obstante, no será preciso el asentimiento de los progenitores que se encontraran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para la privación de la patria potestad, pues dicho asentimiento se fundamenta no sólo en la titularidad de la patria potestad, sino también en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma. Lo que se pretende conseguir por este cauce es favorecer la adopción en los supuestos en que la constitución del vínculo adoptivo trae su causa de una previa situación de desamparo del menor adoptando conforme al artículo 172, 1.º, segundo inciso, CC: «Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». Teniéndose muy en cuenta que, como advirtió, por ejemplo, la STS de 18 de marzo de 1987, de conformidad con lo que disponía el antiguo artículo 174 CC –en su redacción de 1970–, «para los casos de adopción de menores abandonados... resulta irrelevante que la situación de abandono se haya producido por causas voluntarias o involuntarias...»; confirmando la STS de 6 de febrero de 2012 –en un supuesto de probada desatención del niño desde su nacimiento, que fue reconocido por el padre tardíamente sin tomar medida alguna para hacerse cargo de él, de manera que procedió la declaración de desamparo–, que el «carácter voluntario o no de la conducta (del progenitor) es indiferente a la hora de evaluar si un

menor está o no en situación de desamparo», y concluyendo en la jurisprudencia menor, por ejemplo, la ya citada SAP de Las Palmas de 11 de junio de 2002 que la «situación de riesgo o abandono de los menores no tiene que dimanar necesariamente de causas imputables a los progenitores, sino que puede deberse a una imposibilidad de éstos de no poder afrontar, con las debidas garantías para sus descendientes, las funciones protectoras integradas en la patria potestad, a menos de dejar sin efecto el contenido de esta institución legal», y la SAP de Madrid de 20 de octubre de 2015 que no «se trata de sancionar al progenitor indigno, sino de amparar los derechos e intereses del hijo, ante una situación de riesgo o abandono que, inclusive, puede derivar de causas no imputables al titular de la potestad que, sin embargo, no se encuentra en condiciones de poder afrontar, con las debidas garantías para el menor, las funciones protectoras integradas en aquella...».

Ahora bien, frente a la hipótesis de privación de la patria potestad, que deberá constar en sentencia firme, la «*situación* (de estar los progenitores incurso en causa legal de privación de la patria potestad) sólo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil» (termina hoy diciendo el art. 177, 2.º, 2.º CC). En esta sede, la jurisprudencia menor ha venido reiterando que no era necesario que se hubiese incoado un procedimiento *ex profeso* en el que se solicitara la suspensión de la patria potestad y que pudiera terminar con una condena privando a los padres de la misma, sino que resultaba suficiente una mera situación, fáctica o de puro hecho, apreciada por el Juez en procedimiento judicial contradictorio tramitado conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil (por ejemplo, SAP de Murcia de 24 de enero de 2000⁵⁴ y SAP de Pontevedra de 21 de mayo de 2004⁵⁵). En estos casos, bastaba, pues, con que los proge-

⁵⁴ «... la expresión *se encuentren incurso* recogida en el número 2 del art. 177 del Código Civil en modo alguno exige la existencia de un procedimiento de privación de patria potestad en trámite, sino exclusivamente que por los padres del adoptando se incurra en alguna de las causas que según el Código Civil permiten la privación de la patria potestad sobre los hijos, es decir, una mera situación fáctica o de puro hecho apreciable por el juzgador, tesis que deriva de una simple lectura del texto legal pero que, por si cupiera alguna duda, la misma es disipada por la nueva redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, cuando adiciona un nuevo párrafo en el que se establece que esa situación podrá apreciarse en un procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el art. 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y este trámite es precisamente el que se ha adoptado por el Juzgador de instancia».

⁵⁵ Dice esta resolución judicial que la innecesariedad del asentimiento «en modo alguno exige la existencia de un procedimiento de privación de patria potestad en trámite, sino exclusivamente que los padres biológicos incurran en causas, que según el Código civil permiten la privación de patria potestad sobre los hijos, es decir una mera situación fáctica o de puro hecho apreciable por el juzgador, como se desprende de la lectura del texto legal».

nitores biológicos estuvieran, de hecho, incumpliendo los deberes inherentes a la patria potestad –derivados, básicamente, del art. 154 CC–, para que se les considerase incurso en causa legal para su privación⁵⁶, sin que «todo ese conjunto de datos haya sido desvirtuado por la prueba» en contra de los interesados (SAP de Segovia de 30 de junio de 2000), de manera que sólo era preciso que los progenitores fueran simplemente oídos por el Juez. Es más, en este punto, la ya citada STS de 6 de febrero de 2012 ha concluido que la «cláusula general sobre el significado del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que esta disposición ha de ser interpretada de acuerdo con las circunstancias del caso...».

Eso sí, como estos asentimientos de los progenitores no son un complemento de un consentimiento insuficiente, sino una declaración autónoma de voluntad, si aquellos comparecen y alegan que

⁵⁶ El AAP de Valencia de 16 de julio de 1998 entendió que los padres biológicos estaban incurso en causa de privación de la patria potestad porque «queda acreditado que el padre es bebedor habitual y que la madre sufre un retraso mental del 55%, necesitando del auxilio de terceras personas para las cosas esenciales de la vida, en especial para la asistencia y atención de los hijos... Con unos progenitores en tales condiciones es claro que en modo alguno pueden asumir la responsabilidad que supone criar y educar a un hijo máxime teniendo en cuenta la minusvalía psíquica que el menor padece...»; la SAP de Murcia de 17 de septiembre de 1999 declaró que constaba «de las actuaciones que los demandados carecían de hábitos higiénico sanitarios en su vivienda y para con sus hijos, respecto de los cuales mantenían un régimen indiscriminado de horarios presentando éstos un bajo nivel de escolarización y un marcado absentismo escolar. Se detectó, asimismo, la ausencia de un modelo educativo integral, que permitiera el desarrollo personal y psicosocial favorable de los menores, así como una inadecuada administración doméstica, con una vivienda en condiciones de habitabilidad precarias mostrándose los niños desatendidos en lo que a alimentación, vestido e higiene se refiere, además de existir un deterioro progresivo en las relaciones de pareja que afectaba negativamente a los niños...»; la SAP de Murcia de 8 de septiembre de 2000 consideró a los progenitores incurso en causa legal de privación de la patria potestad por incumplimiento grave de «los deberes inherentes a» ella; como también las SSAP de Málaga de 26 de octubre y 27 de noviembre de 2000, hablando la SAP de León de 28 de diciembre de 2000 de «un claro abandono por parte de los padres de los deberes paterno filiales respecto a su hijo», y el AAP de Sevilla de 1 de febrero de 2001 de «falta de capacidad del padre para cumplir con los deberes que le impone el art. 154 del Código Civil e idoneidad para garantizar a los hijos una formación y desarrollo adecuados...»; la SAP de Las Palmas de 11 de junio de 2002 estimó que para «el juez *a quo*, la causa de privación de la patria potestad concurre en el presente supuesto pues la situación de la madre biológica la imposibilita para el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma, a tenor de lo dispuesto en el art. 170 del Código civil, puesto que, tal como establece el art. 154 de nuestro Código, éstos se concretan en velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Ha de tenerse en cuenta que la declaración de desamparo de la menor se fundamentó en el incumplimiento por parte de sus padres de los deberes establecidos en la leyes para la guarda de los menores...»; la SAP de Gerona de 5 de julio de 2002 determinó que la madre se había «desentendido de la situación convivencial del menor y de subvenir sus eventuales necesidades de alimentos, educación y formación integral»; la reciente SAP de Jaén de 8 de enero de 2016 determinó que la «madre del menor, está incurso en causa de privación de la patria potestad, y consecuentemente, no es necesario su asentimiento para la adopción»; etc.

es necesario su asentimiento, el expediente de adopción se interrumpirá hasta que esta cuestión se decida por el mismo Juez, pues, como indica la SAP de Valencia de 19 de noviembre de 2015, la situación de estar incurso los progenitores en causa de privación de la patria potestad «sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio», añadiendo la SAP de Toledo de 13 de enero de 2015 que para «la resolución del conflicto se ha de atender necesariamente no al interés de los padres biológicos que promueven el procedimiento sobre la necesidad de su asentimiento, ni al de los padres adoptivos, sino evidentemente al interés del menor». Si la resolución judicial final se decanta por considerar que no es necesario tal asentimiento, su derecho, no obstante, habrá quedado salvaguardado procesalmente en igualdad a los supuestos de privación de la patria potestad, y los progenitores sólo tendrán derecho a ser oídos en el expediente de adopción⁵⁷. Así, como estableció la ya aludida SAP de Zaragoza de 30 de mayo de 1992, «este procedimiento contradictorio tiene lugar cuando los padres, conociendo las razones esgrimidas por la persona o entidad que solicita la adopción para que el asentimiento no sea necesario –es decir que están incurso en causa (legal) de pérdida de la patria potestad–, se oponen a las mismas y promueven el incidente... en el que el Juez decide si es o no necesario el asentimiento de uno o de ambos progenitores, o si es suficiente su simple audiencia»; por su parte, el AAP de Valencia de 11 de julio de 2002 –mismo criterio que fue asumido por la SAP de Valencia de 9 de noviembre de 2005–, sostuvo que la declaración de que los padres biológicos «se encontraban incurso en causa para la privación de la patria potestad» requiere pieza separada, como efectivamente se hizo, de modo que bastaba con que fueran simplemente oídos en el correspondiente expediente de adopción; confirmando el AAP de Zaragoza de 20 de febrero de 2001 que la «oposición se tramitó correctamente, siendo resuelto por sentencia firme que apreció la necesidad únicamente de ser oídos los progenitores en la adopción, por hallarse incurso en causa de privación de la patria potestad...»; y concluyendo la SAP de Murcia de 16 de marzo de 2006 que en estos supuestos no cabe «apreciar infracción del derecho a la tutela judi-

⁵⁷ HUALDE SÁNCHEZ, J. J. (1993): «Comentario al artículo 177 CC», Comentarios a las Reformas del Código Civil, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), Tecnos, Madrid, p. 180. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: «Comentario al artículo 177 CC», *cit.*, considera que al «imponérsele al Juez la obligación de oír a estas personas y no la simple facultad, en buena ley debe acarrear la nulidad del procedimiento, si éste concluyera sin habérseles citado para oírseles; siquiera por indefensión (art. 24 CE), al privárseles de derechos familiares. Por otra parte, ¿qué valor tiene la oposición de quien debe ser oído? Si no es vinculante para el Juez como lo es un medio probatorio, no se entiende que la ley lo imponga preceptivamente».

cial efectiva», ni puede alegarse que «se le haya causado indefensión alguna a los actores por el hecho de que sus pretensiones sean denegadas y se produzca la eficacia de cosa juzgada respecto a la necesidad de su consentimiento (asentimiento) a la adopción».

Por tanto, en los supuestos anteriores, de no seguirse el procedimiento judicial contradictorio previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil, el expediente judicial de adopción resulta ineficaz. Así, la SAP de Zaragoza de 30 de mayo de 1992 declaró la nulidad de la adopción al estimarse «que no era necesario el asentimiento de los padres al estar éstos incurso en causas de pérdida de la patria potestad, sin que dichos padres tuviesen conocimiento de esas circunstancias que se les imputaban y sin que pudiesen defenderse de ellas, en procedimiento contradictorio»; y el AAP de Castellón de 8 de septiembre de 2000 consideró que aunque «exista la sospecha de que sus padres biológicos se encuentren incurso en causa de privación de la patria potestad, por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma respecto de la menor objeto de adopción», de no sustanciarse el procedimiento judicial contradictorio se produciría «una evidente indefensión a los mismos (progenitores), contraria al principio constitucional de la tutela judicial efectiva, al no haber tenido oportunidad de defenderse, acreditando que no se encontraban incurso en causa de privación de la patria potestad, a través del procedimiento contradictorio que prevé el artículo antes citado de la Ley de Enjuiciamiento Civil». En el mismo sentido, el AAP de Cantabria de 27 de septiembre de 2002 considera que no puede considerarse al padre privado de la patria potestad «hasta que no sea firme la sentencia dictada en el procedimiento tramitado conforme» a la Ley de Enjuiciamiento Civil, de manera que deberá ser simplemente oído, si fuera privado de dicha patria potestad, o será preciso su asentimiento en caso contrario, pero, mientras tanto, «no se puede decretar una adopción pues en caso de hacerlo... se está vulnerando el derecho del padre al juicio contradictorio previsto legalmente;... un derecho fundamental como es el de la relación paterno filiar, téngase en cuenta que con la adopción se rompe todo vínculo con sus hijos, así como el derecho a la tutela judicial efectiva»; el AAP de Vizcaya de 3 de octubre de 2002 declaró nula la adopción porque, negando los progenitores su asentimiento, el Juez «debió proceder de oficio a la apertura del juicio verbal a tramitar ante el mismo órgano, ... lo que hubiera permitido determinar con las garantías suficientes si estaban o no incurso en causa legal para la privación de la patria potestad», y el AAP de Cádiz de 6 de junio de 2003 estableció que no «se puede tener por incurso a los padres en causa de privación de la patria potestad si

esta declaración no se ha producido conforme a derecho... por lo que se ha generado efectiva indefensión a los padres de la menor que reclaman la necesidad de su asentimiento para la adopción y en concreto lo niegan, de manera que se está en caso de declarar la nulidad de las actuaciones».

Por otra parte, debe también tenerse presente que, conforme al artículo 177, 2.º, 2.º, tercer inciso, CC «No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción». Dada la generalidad con que se expresa el legislador en este punto particular, parece que pueden incluirse en este precepto toda clase de imposibilidades, tanto físicas como psíquicas; en consecuencia, cabría contener aquí los supuestos de los declarados en ausencia legal, los incapacitados físicos o psíquicos, exista o no sentencia de incapacitación⁵⁸, etc. La SAP de Valencia de 9 de noviembre de 2005 explica que el asentimiento «constituye la aceptación como conveniente de lo hecho por otros, no integra el núcleo de la institución y cabe prescindir de él en el caso de que los que deban prestarlo se hallen imposibilitados para ello». En esta sede, por ejemplo, la SAP de Las Palmas de 3 de febrero de 1999 negó a una madre biológica drogadicta la posibilidad de prestar su asentimiento en el expediente de adopción, pues su condición de «consumidora habitual de estupefacientes» constituía «motivo suficiente para considerar que se hallaba imposibilitada para prestar el asentimiento a la adopción a su hijo», desestimando después la petición de extinción de la adopción constituida judicialmente en virtud del principio cardinal del interés superior del menor adoptado.

Por otro lado, tras la importante modificación del Código Civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el artículo 177, 2.º, 2.º, cuarto inciso, indica que «Tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada». En esta línea, por ejemplo, ya la SAP de Murcia de 8 de septiembre de 2000 tuvo en cuenta la existencia de auto firme de declaración de desamparo para negar la necesidad de asentimiento de los padres biológicos, confirmando

⁵⁸ No obstante, para VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: «Comentario al artículo 177 CC», *cit.*, la «imposibilidad física debe ser acreditada por certificado médico y la psíquica por sentencia firme, ya que nadie puede ser declarado o considerado incapaz sin declaración jurisdiccional que lo declare (art. 199 CC)».

la ya citada y relevante STS de 6 de febrero de 2012 que «cuando un menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad y corresponderá demostrar lo contrario a quien lo niegue», criterio seguido, reciente y reiteradamente, por la jurisprudencia menor, como, por ejemplo, por la SAP de Cádiz de 8 de junio de 2015, la SAP de Jaén de 1 de julio de 2015 («... no han quedado desvirtuados los presupuestos tenidos en cuenta para acordar el desamparo de los menores, por incumplimiento por el padre de los deberes (legales) inherentes a la patria potestad...»); la SAP de León de 16 de noviembre de 2015, la SAP de Segovia de 16 de noviembre de 2015, la SAP de Granada de 27 de noviembre de 2015, la SAP de Cádiz de 18 de diciembre de 2015, la SAP de Málaga de 18 de diciembre de 2015 y la SAP de Granada de 15 de enero de 2016.

En definitiva y concluyendo en esta sede de las consecuencias jurídicas de la falta de asentimiento, a pesar de la flexibilidad del régimen de su exigencia, estos asentimientos de los progenitores también condicionan *sine qua non* la constitución de la adopción, de manera que, siendo exigibles, si se prescinde de ellos, injustificadamente, la adopción no queda válidamente constituida y podrá impugnarse en los términos establecidos para su extinción en el citado y estudiado artículo 180, 2.º CC, debiendo invalidarse salvo que afectare al interés superior del menor.

3.2.3 ACCIÓN INTERPUESTA EN EL PLAZO DE DOS AÑOS DESDE LA ADOPCIÓN

En efecto, conforme al estudiado artículo 180, 2.º, segundo inciso, CC, el plazo que tienen los progenitores del menor adoptado para interponer la demanda impugnatoria de la adopción es de dos años. En esta sede hay que concluir, conforme al criterio establecido por la jurisprudencia menor –y aunque nada se dice expresamente al respecto en la normativa correspondiente–, que el *dies a quo* se ha de computar desde la firmeza de la resolución judicial constitutiva de la adopción y, en ningún caso, desde el momento en que los progenitores hayan entrado en conocimiento de la constitución de dicha adopción (SAP de Zamora de 8 de junio de 1998, SAP de Barcelona de 3 de mayo de 2006 y AAP de Cantabria de 22 de septiembre de 2015)⁵⁹.

⁵⁹ «El *dies a quo* es el de la constitución judicial de la adopción. No se tiene en cuenta para el cómputo ni la inscripción de la adopción en el Registro Civil, ni el momento en que los padres hayan tenido conocimiento de la adopción» (MAYOR DEL HOYO, M.º V.

Este plazo legal de dos años del precepto comentado ha sido considerado también por la doctrina y la jurisprudencia menor no como de prescripción, sino de caducidad⁶⁰, esto es, no cabe su interrupción, sino que la acción impugnatoria debe ejercitarse efectivamente antes de su transcurso. En consecuencia, aunque el progenitor no hubiese intervenido en la tramitación del expediente de adopción, no tiene legitimación activa para extinguir la adopción si han pasado dos años sin realizar manifestación alguna, esto es, sin haber interpuesto la demanda correspondiente, pues el auto judicial que se pretende anular ganó firmeza irrevocable (*vid.* p.e., la SAP de Ávila de 24 de enero de 2014 y el AAP de Cantabria de 22 de septiembre de 2015, que habla concretamente de «transcurridos los dos años legalmente previstos para que los padres biológicos pudieran combatirla o pedir su revocación»). Por ser la adopción materia de estado civil hay que entender, pues, que el plazo de dos años es de caducidad, por el interés que tiene el ordenamiento jurídico en que las situaciones de orden público sean firmes y estables lo antes posible y no puedan quedar indefinidamente pendientes de la voluntad de los particulares. No obstante, se ha mantenido por algún autor que aunque esta solución es aceptable en general, no se deberían desatender supuestos de imposibilidad de asistencia de los progenitores por fuerza mayor, como lo serían, por ejemplo, la detención en país extranjero por causas políticas sin condena ni proceso, una enfermedad grave que impide regresar al país y otras análogos⁶¹.

(2016): «Comentario al artículo 180 CC», *Código Civil Comentado*, vol. I, Ana Cañizares Laso y otros (Directores), Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 964). En cambio, SERRANO ALONSO, E. (2006): «Comentario al artículo 180 CC», *Comentario del Código Civil*, t. 2, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Coord.), Bosch, Barcelona, p. 517, defiende que este plazo «debe comenzar a computarse desde el momento en que se acredite que los padres tuvieron conocimiento de la resolución judicial de adopción».

⁶⁰ Entre otros, p.e., GARCÍA CANTERO, G. (1971): «El nuevo régimen de la adopción», *Anuario de Derecho Civil*, p. 856 (y en «De nuevo sobre el momento perfecto de la adopción», en *Homenaje al Profesor Federico de Castro*, t. I, Tecnos, Madrid, 1976, p. 620); MÉNDEZ PÉREZ, J. (*op. cit.*, p. 273), para quien «al responder la caducidad a una situación temporalmente limitada con anterioridad, siendo conocido su inicio y terminación, alcanza perfectamente a este supuesto en que la acción de impugnación nace en la misma fecha de constitución de la adopción y fenece transcurridos los dos años desde la fecha –plazo excesivamente amplio, en nuestra opinión, pensando en el principio de la seguridad jurídica–»; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2006): «Comentario al artículo 180 CC», *Código Civil. Comentado y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, p. 274, quien defiende que el plazo comienza «desde la fecha del auto de constitución de la adopción»; PUIG BRUTAU, J. (*op. cit.*, p. 239), VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: «Comentario al artículo 180 CC», *cit.*, quien indica que la «solución legal es correcta, ya que no es admisible el pensar que los padres biológicos del adoptado puedan ignorar por más de dos años la situación del hijo»; etc.

⁶¹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: «Comentario al artículo 180 CC», *cit.*, quien concluye que aunque «insistiendo en que es correcto impedir la incertidumbre de un cambio de filiación de manera permanente, no hubiera estado mal que la ley admitiera tales excepciones que rigen en todas las instituciones del derecho privado». También BARBER CÁRCAMO, R.

En definitiva, la estrechez temporal de la acción impugnatoria de la adopción por los progenitores del adoptado, *ex* artículo 180, 2.º CC, no es en absoluto contradictoria con el principio cardinal de seguridad jurídica, sino, por el contrario, coherente con el general contexto de la normativa de la adopción, que quiere dotarla de estabilidad jurídica⁶², pues, recuérdese que, como resulta del citado y estudiado artículo 177 CC, los padres biológicos tienen tan sólo, y en su caso, derechos de asentimiento o audiencia en el expediente de adopción.

3.2.4 QUE LA EXTINCIÓN NO PERJUDIQUE GRAVEMENTE AL MENOR

Este presupuesto fundamental del artículo 180, 2.º CC implica un expreso mandato al Juez a que desestime la petición de extinción de la adopción formulada por cualquiera de los progenitores ignorados en el expediente de adopción, si dicha extinción perjudicare gravemente el interés superior del menor adoptado. Obsérvese que el término «*gravemente*» es un concepto jurídico indeterminado, lo que supone una valoración difícil de establecer, por lo que será el Juez competente el que ante la solicitud de extinción de la adopción tenga que valorar siempre, en el indicado interés del menor, la gravedad o no de dicha extinción para él. En esta sede, el Juez tiene un gran margen de libertad a la hora de ponderar si la extinción de la adopción va a suponer o no un grave perjuicio al menor adoptado. Por consiguiente, la decisión, en cada caso, respecto a la estimación o no de tal perjuicio, ha de quedar al prudente arbitrio judicial⁶³. Como oportunamente destaca la STC 58/2008, de 28 de abril, «no puede perderse de vista que la decisión a adoptar, precisamente por la flexibilidad con la que el legislador regula este tipo de procesos, ha de atender esencialmente a las circunstancias concretas del caso y a la relación que los distintos procedimientos (declaración de desamparo, tutela

(*op. cit.*, p. 620) considera que la adopción supone aquí «un buen ejemplo de la grave inseguridad jurídica que puede comportar la aplicación de plazos subjetivos o de conocimiento, máxime en cuestiones tan ligadas al orden público como las de filiación».

⁶² Cfr. SAP de Zaragoza de 13 de abril de 1992 («El Auto aprobando la adopción era ya firme, y contra él no había recurso de apelación por ella –la madre biológica– interpuesto»); SAP de Zamora de 8 de junio de 1998 («el referido plazo es de caducidad y pretende evitar una interinidad permanente en la adopción constituida»); SAP de Barcelona de 3 de mayo de 2006 (la impugnación se interpuso «más de once años después –de la constitución de la adopción–, por lo que es clara la caducidad de la acción») y SAP de Madrid de 27 de octubre de 2006.

⁶³ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª D. y HERNÁNDEZ GIL, F.: *op. cit.*, p. 391; quienes añaden que al «utilizar el Código Civil la palabra menor, parece indicar que sólo procede la extinción, dándose por supuesto los requisitos previstos, en menores de edad, porque si el legislador hubiera deseado que la extinción se extendiera a los mayores de edad habría utilizado el término adoptado, que engloba tanto a los menores como a los mayores de edad». *Vid.*, también, GESTO ALONSO, B.: *op. cit.*, pp. 218-219.

automática de la entidad pública de protección de menores, constitución de los diversos tipos de acogimiento, adopción, así como las correspondientes impugnaciones judiciales de éstos), guardan entre sí por referirse a un mismo menor y, con frecuencia, a sus progenitores biológicos y a los adoptantes o posibles adoptantes». Añadiendo el relevante ATC 47/2009, de 13 de febrero, que la «importancia de los bienes en juego en los procedimientos de declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, y su relación con el derecho a la integridad moral protegido por el art. 15 CE, exigen aplicar un canon de razonabilidad reforzado, pues no basta con que la resolución judicial se adopte de forma razonada y motivada, sino que es preciso que identifique adecuadamente el contenido del derecho o libertad que puede verse afectado y, una vez examinadas las circunstancias concurrentes en el caso y la interpretación de los preceptos aplicables conforme a los criterios existentes al respecto, adopte la decisión que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado; dicha decisión, al referirse a una pretendida lesión de un derecho fundamental, debe expresar el juicio de ponderación entre los derechos y valores puestos en juego en cada caso para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad (SSTC 123/1997, de 1 de julio, FJ 3.º; 25/2000, de 31 de enero, FJ 3.º; 5/2002, de 14 de enero, FJ 4.º)». También en la jurisprudencia menor, el AAP de Cádiz de 6 de junio de 2003 (siguiendo a la trascendente, y repetida en este estudio, SAP de Zamora de 8 de junio de 1998), entiende que se trata de «llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil, como indican las sentencias de 20 de abril de 1987 y de 19 de febrero de 1988 del Tribunal Supremo».

El interés superior del menor se encuentra recogido en numerosos Tratados Internacionales. Particular importancia tiene la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁴, cuyo artículo 3, 1.º establece que: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». También es reseñable el Convenio de La Haya de 19 octubre

⁶⁴ Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989; ratificado por España el 30 de noviembre de 1990.

de 1996⁶⁵, cuya Exposición de Motivos confirma que «el interés superior del niño merece una consideración primordial», interés superior al que se refieren varios artículos (8, 9, 10, 22 —«La aplicación de la ley designada por las disposiciones del presente Capítulo sólo puede excluirse si es manifiestamente contraria al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño»—, etc.)⁶⁶. Finalmente, también hay que subrayar el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003⁶⁷, cuya Disposición 12 de su Exposición de Motivos establece que las «normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor», interés igualmente recogido como preferente en los artículos 12, 15 y 23 del Reglamento (CE) comentado.

En nuestro Derecho interno, la Constitución de 1978 no sólo garantiza, junto a otros bienes y valores —la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad—, la protección integral de los hijos y obliga a los padres a prestarles asistencia de todo orden (art. 39, 2.º y 3.º CE), sino que afirma que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos» (art. 39, 4.º CE), lo que ha obligado a trasladar estos mandatos constitucionales y los de los Convenios internacionales a leyes ordinarias en varios ámbitos jurídicos. Además, nuestro Código Civil contiene numerosas referencias al interés del menor o del hijo en sede de nacionalidad (art. 20, 2.º, a); crisis matrimonial (arts. 90, 1.º, b; 92, 4.º y 8.º; 94, 2.º y 103, 1.ª), reco-

⁶⁵ Relativo a la Competencia, Ley aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de los Niños —en el BOE de 2 de diciembre de 2010, se publicó el Instrumento de Ratificación del citado Convenio que entró en vigor el uno de enero de 2011—.

⁶⁶ Como señala HERRANZ BALLESTEROS, M. (2004): *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, p. 119), el «interés del menor es el criterio material que el legislador ha encontrado prioritario en la reglamentación de las relaciones con los adultos; en efecto, su protección es necesaria tanto en las situaciones circunscritas al ámbito interno como en aquellas que traspasan las fronteras nacionales. La garantía del *interés del menor* ha sido fruto de un esfuerzo común para su aceptación y defensa entre los Estados, cuyo reconocimiento en la *Convención de los Derechos del Niño de 1989* ha influido en los Convenios de la Conferencia de La Haya». Para DURÁN AYAGO, A. (2004), «El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural», en *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (Dirs.), Colex, Madrid, p. 303, el principio del interés superior del menor se configura en la actualidad como elemento esencial del Derecho de Familia, habiéndose convertido «en el principio que ha de informar y regir todas las relaciones que surjan en su seno». *Vid.*, también, VELA SÁNCHEZ, A. J. (2013): «El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo», *Revista La Ley*, Madrid, D-333, pp. 1385-1391.

⁶⁷ Relativo a la Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones en materia Matrimonial y de Responsabilidad Parental —por el que se deroga el Reglamento 1347/2000, de 23 de diciembre—.

nocimiento de la filiación (art. 125); guarda y acogimiento (arts. 172, 4.º; 173, 3.º y 4.º; y 173 bis); adopción (arts. 176, 1.º y 180, 2.º); etc. Sin embargo, es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la que hace del interés y protección jurídica de éste la *ratio legis*, de modo que ya en su artículo 2, 1.º («*Interés superior del menor*») –modificado y redactado conforme al apartado dos del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia–, establece que todo «menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor»; y menciona, entre los «principios rectores de la actuación de los poderes públicos», en primer lugar, «*la supremacía de su interés superior*» (art. 11, 2.º, a)⁶⁸.

Por otra parte, ya el Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de

⁶⁸ DE TORRES PEREA, J. M. (2008): *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, p. 15, destacaba que el interés del menor es un principio general del Derecho que se ha recogido en la LO 1/1996 en forma de cláusula general, por lo que ha adquirido fuerza de ley. Para LÓPEZ AZCONA, A. (*op. cit.*, pp. 7, 10, 11 y 13), las dos leyes mencionadas tienen, entre otros, los propósitos de «garantizar a los menores una protección uniforme en todo el territorio español», «actualizar e innovar el régimen jurídico de protección de menores», intensificar «la intervención administrativa en materia de protección de menores» y, especialmente, concretar el «*interés superior del menor*». Como destaca, p.e., UREÑA MARTÍNEZ, M. (2015): «Novedades más significativas en el Código Civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 15, p. 145; la nueva normativa adapta el sistema español de protección de menores a la los últimos convenios internacionales ratificados por España sobre la materia, tales como el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 25 enero 1996, la Convención de derechos de las personas con discapacidad de 13 diciembre 2006 y el Convenio europeo en materia de adopción de menores de 27 noviembre 2008. Por su parte, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (2016): «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», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, pp. 49-50; considera que a «través de la modificación del art. 2 se dota de contenido al concepto mismo de *interés superior del menor*. Para ello, la Ley lo define desde la triple dimensión señalada en las Observaciones del Comité de Derechos del Niño: Como derecho sustantivo que, en cuanto tal, puede invocarse ante los tribunales y ante cualquier institución pública o privada... Como principio jurídico de carácter interpretativo... Como norma procedimiento que reclama las máximas garantías procesales en orden a su evaluación y determinación...».

adopción, indicaba que la presente ley pretendía basar la adopción en dos principios fundamentales «la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución»⁶⁹.

La constitución de la adopción, pues, debe atender, esencialmente, a la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés concurrente, en concreto, el de los progenitores del mismo. Así, según la STS de 18 de marzo de 1987, los «Tribunales habrán de velar, prioritariamente y de modo decidido, por los intereses de la menor que son, sin duda, los más dignos de protección...»; añadiendo la STS de 20 de abril de 1987 –seguida por las SSTS de 19 de febrero de 1988, 18 de junio de 1998 y 9 de julio de 2001 («nunca debe olvidarse que son sus intereses (los del menor) los prevalentes, de acuerdo con las disposiciones nacionales e internacionales en vigor»)–, que es «obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección...»; y concluyendo la STS de 14 de noviembre de 2011 que el «recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre». En la jurisprudencia menor, la SAP de La Coruña de 14 de octubre de 1998 declaró que debe partirse de «la necesaria preponderancia del interés y beneficio de la menor al adoptar resoluciones que afectan de forma tan esencial a su persona, como es la adopción», la SAP de León de 28 de diciembre de 2000 sostuvo que el «principio del beneficio de los menores... debe guiar toda decisión afectante a aquellos...»; la SAP de Islas Baleares de 6 de junio de 2002 partió de que en «dicha benéfica institución confluyen un haz de intereses mutuos, de los que la Ley señala como primordiales y objeto de especial protección el interés del menor a

⁶⁹ Para CASTRO LUCINI, F. (*op. cit.*, p. 160), la regulación de la adopción por la reforma de 1987 se «inspira en dos principios fundamentales: su configuración como un instrumento de integración familiar y proteger el superior interés del adoptado, lo que se logra mediante la completa ruptura salvo casos especiales del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior y la creación *ope legis* de una relación de filiación a la que se aplican las normas generales, al propio tiempo que se exige el consentimiento del adoptado a partir de los doce años». Según VALLÉS AMORES, L. (2005): *La adopción: exigencias subjetivas y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, p. 78; si «bien la reforma llevada a cabo por la Ley de 1987, en materia de adopción, resultó satisfactoria, al menos, en cuanto a la configuración de los principios rectores del instituto, años más tarde, la Ley orgánica de 1996, de protección jurídica del menor, al potenciar la autonomía de los menores y la protección de éstos por el ordenamiento jurídico, introdujo ligeros retoques en la institución adoptiva, aunque no exentos de trascendencia jurídica».

adoptar criterio que constituye la clave de bóveda del sistema»; la también SAP de León de 8 de julio de 2004 consideró que es «especialmente relevante y destacado que en el campo de la adopción el interés del menor ocupa un lugar preferente y privilegiado...»; la SAP de Murcia de 25 de febrero de 2010 concluyó que en «materia de acogimiento y adopción, como en general todas las relativas a intereses de menores, la posición preferente es la del menor afectado (el *favor filii* o, en terminología francesa, más elocuente, el *tout pour l'enfant*), cuyo interés se halla en el centro de gravedad de las resoluciones judiciales que se adopten, siendo innecesario, por notorio, fundamentar jurídicamente este principio», la SAP de Orense de 15 de octubre de 2014 partió de que ese «interés del menor es el que debe primar, por tanto, a la hora de aprobar o denegar su adopción»; la SAP de Cádiz de 26 de febrero de 2015 advirtió que «la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» y no el de los progenitores implicados y la SAP de Granada de 27 de noviembre de 2015 habló de que «el interés del adoptando se convierte en el norte y guía de cualquier decisión judicial al respecto». Por consiguiente, esta exigencia expresa del legislador en el aludido artículo 180, 2.º CC vuelve a referirse a lo que supone el pilar básico de la institución de la adopción –y, en general, de todas las instituciones relativas a la filiación–, a saber, la protección del interés superior del menor⁷⁰ frente a otros intereses concurrentes –en particular el de sus progenitores–, de manera que el Juez deberá desestimar la petición de impugnación de la adopción si considera que el principio *favor minoris* se protege mejor con la confirmación de la adopción impugnada.

En consecuencia, en base a la *ratio decidendi* de la adopción, el Juez debe denegar la extinción, básicamente, cuando el menor estuviera ya plenamente integrado en la familia adoptiva (SAP de Zamora de 8 de junio de 1998, SAP de La Coruña de 14 de octubre de 1998, AAP de Sevilla de 1 de febrero de 2001 –los adoptados están «plenamente integrados en la familia con sentimiento de pertenencia a ella»–, AAP de Zaragoza de 20 de febrero de 2001 –la menor «se encuentra satisfactoriamente integrada en la familia»

⁷⁰ Con relación a la adopción lo realmente importante del principio del interés superior del menor, como sostiene FELIÚ REY, M. I.: *op. cit.*, p. 205; es que el mismo implica una conveniencia, utilidad o provecho para el adoptando. «De esta manera, el interés del menor se preferirá a cualquier otro interés legítimo (y con más razón si es ilegítimo) que concurra en el proceso de constitución de la adopción, donde dadas las características del citado proceso es prácticamente inevitable que coexistan junto al interés del menor otros intereses (privados y públicos, individuales y colectivos) dignos de ser tomados en consideración por el Juez» (CALZADILLA MEDINA, M.ª A.: *op. cit.*, p. 46. *Vid.*, también, MORENO QUESADA, B. (1990): «La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código Civil», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 1513 y ss.

adoptiva–, AAP de Tarragona de 2 de mayo de 2002 –el menor «precisa de una adecuada asistencia familiar con el fin de conseguir una educación completa y una vida estable en los aspectos afectivos y sociales» que ya goza en la familia adoptiva–; AAP de Valencia de 11 de julio de 2002 y AAP de Murcia de 26 de septiembre de 2003 –existe una «plena integración de la menor en el ambiente familiar y social»–; SSAP de Santa Cruz de Tenerife de 8 de julio y de 24 de septiembre de 2015, SAP de Córdoba de 9 de octubre de 2015, SAP de Jaén de 6 de abril de 2016, etc.). En efecto, la extinción de la adopción perjudicaría gravemente a esos menores que se hubiesen integrado en un nuevo y más favorable ámbito familiar en el que, además, han encontrado una clara identificación de las figuras paterna y materna (cfr., por ejemplo, SAP de Vizcaya de 25 de marzo de 2002 –«sin que ello sea óbice para que el menor pueda ser informado de sus antecedente familiares»– y SAP de Gerona de 5 de julio de 2002). También en esta línea, el AAP de Castellón de 27 de febrero de 2008 declaró la «primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, y el carácter prioritario, en la prevención de posibles situaciones de riesgo o desprotección en que puedan encontrarse los menores, que en este caso precisaba mucho más que unas simples medidas de apoyo familiar... (teniendo en cuenta la) deficiente asistencia emocional, física y educacional (por parte de los progenitores), y (que los menores) estaban inmersos en un ambiente de violencia» indeseable. Asimismo, la STS de 18 de marzo de 1987 consideró que lo mejor para la menor adoptada era mantener el vínculo adoptivo, porque la madre biológica renunció a la maternidad cuando nació la hija y los «lazos afectivos propios de las relaciones paterno filiales» (entre adoptantes y adoptada) se habían «consolidado y afianzado». Por su parte, la STS de 20 de abril de 1987 mantuvo la adopción de una menor integrada «en un círculo familiar, estable, afectivo, responsable y holgado desde el mismo día de su nacimiento», durante trece años, «ambiente que tiene que resultar más beneficioso para los intereses superiores de la menor, y cuyo desplazamiento tardío habría de suponer un desequilibrio emocional y educativo, que el prudente arbitrio judicial debe ponderar en su justa medida, decidiendo lo más conveniente para la adoptada, en concordancia con el espíritu que informa la nueva regulación legal de esta institución». Igualmente, la relevante STS de 18 de junio de 1998, partiendo de la necesidad de «examinar las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución justa y estable», especialmente para el preponderante interés del menor, estimó improcedente la extinción de la adopción de un menor por su tío abuelo, solicitada por la madre bio-

lógica que alegaba su no intervención sin culpa en el expediente adoptivo, fundándose en el prioritario interés del menor concretado en el evidente arraigo en su familia adoptiva; además, esta resolución judicial incide en que la valoración del interés del menor supone «una cuestión de hecho a apreciar por el Juzgador con apoyo en el resultado probatorio». Finalmente, la STS de 31 de julio de 2009 –en un supuesto de negligencia en el cuidado de una menor, por ser inadecuadas las condiciones de la vivienda, existir conflictos de pareja, negativa de la madre a admitir el apoyo de los servicios sociales, y ejercicio de la prostitución–, argumentó que el «derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores», criterio recogido literal y recientemente, por ejemplo, por la SAP de León de 16 de noviembre de 2015 y la SAP de Zaragoza de 1 de diciembre de 2015.

Por consiguiente, a pesar de probarse que los progenitores no prestaron su asentimiento a la adopción o no fueron oídos en el expediente correspondiente, sin culpa alguna, el Juez puede denegar la acción de extinción de la adopción –ejercitada conforme al art. 180, 2.º CC–, priorizando el interés superior del menor adoptado integrado en la familia adoptiva. En este sentido, por ejemplo, el AAP de Granada de 18 de enero de 1994 –«... en los litigios sobre adopción los Tribunales, a lo que han de atender, de manera prioritaria, y de modo decidido, es a los intereses de los menores, los más dignos de protección...»–; el AAP de Badajoz de 4 de julio de 1996, la SAP de Las Palmas de 3 de febrero de 1999 –el «interés del menor ocupa lugar preferente»–; etc.⁷¹. Asimismo, el citado y relevante ATC de 13 de febrero de 2009 consideró procedente que, a pesar de no haberse llevado a cabo la audiencia de la madre, que, por sus circunstancias personales, no tenía derecho a consentir o asentir la adopción, la adopción se mantuviera en virtud del preponderante interés del menor que «representado especialmente por

⁷¹ En cambio, p.e., recientemente, la SAP de Asturias de 10 de marzo de 2016 acordó la reintegración del menor a la familia biológica, pues «el interés del menor se satisface con la decisión de que se reintegre teniendo en cuenta el Principio de restitución a la familia biológica con el resultado de las pruebas psicológicas y el resto de documentación sobre la capacidad» de la madre. Señala CARRASCO PERERA, A. (*op. cit.*, p. 223) que de «no ser una adopción válidamente constituida sería irrazonable el gravamen impuesto a unos padres a quienes, sobre sustraerles el hijo mediante una adopción clandestina, se les dice ahora que nada se puede hacer porque la restitución daña al menor».

el Ministerio Fiscal, justificaba tal restricción que resulta proporcional y constitucionalmente legítima, sin que se prive a los demandantes de amparo de hacer valer posteriormente, como así han hecho, sus intereses a través de los distintos recursos previstos en las normas procesales, incluido éste de amparo».

3.2.5 CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL ADOPTADO MAYOR DE EDAD

Cuando se trate de persona mayor de edad, el artículo 180, 2.º CC exige que el adoptado debe dar su consentimiento expreso a la extinción de la adopción. Este requisito legal tiende a evitar excesos en la decisión de extinguir la adopción para privar de derechos hereditarios y otros importantes que pudieran beneficiar al adoptado. Además, si la constitución judicial de la adopción requiere, como requisito ineludible, el consentimiento expreso del adoptando mayor de doce años (*ex art. 177, 1.º CC*), es lógico que la extinción de la adopción requiera también su consentimiento expreso siendo mayor de edad, esto es, gozando de plena capacidad de obrar⁷².

IV. CONCLUSIONES

I) La adopción, concebida hoy como un acto de autoridad judicial, es esencialmente irrevocable (*art. 180, 1.º CC*) porque el legislador quiere darle la misma estabilidad jurídica que a la filiación biológica.

II) La exclusión de efectos de la adopción (*ex art. 179 CC*) no es un supuesto de extinción de la misma, sino una hipótesis de restricción de su contenido, esto es, una suspensión indefinida y parcial de su eficacia, pues la adopción queda incólume.

III) Frente a la genuina extinción de la adopción, su nulidad, que solo precisa acción general, supone una inexistencia o ineficacia jurídica *ab initio*, no convalidable ni subsanable y con efectos *ex tunc*. Esta nulidad tendrá lugar por causas generales –civiles o procesales–, y por contravención de normas imperativas o prohibiciones legales, como, significativamente, la falta de los consentimientos exigidos por la ley. En cambio, y aunque la cuestión es controvertida en la jurisprudencia menor, el disentimiento de los progenitores a la adopción no es causa de su nulidad, pues, en este

⁷² MAYOR DEL HOYO, M.ª V.: «Comentario al artículo 180 CC», *cit.* p. 965, explica que en «caso de que el hijo adoptado sea mayor de edad, el legislador sustituye el límite del perjuicio al adoptado por el de la propia voluntad del adoptado (que podrá responder o no a daño objetivo)».

caso, el Juez puede constituir la adopción en interés del menor. Tampoco tiene consecuencias anulatorias la falta de audiencia de los progenitores en los supuestos procedentes.

IV. La extinción de la adopción supone una excepción a su carácter irrevocable, de ahí que deban cumplirse, para que proceda, todos los presupuestos exigidos por el artículo 180, 2.º CC. El fundamento de la acción está en el derecho de los progenitores a evitar que una indefensión judicial lesione su derecho fundamental a la relación paterno-filial.

V. La legitimación activa para el ejercicio de la acción de extinción corresponde solo a los progenitores del adoptado, lo cual refuerza la institución de la adopción como filiación estable. No puede ejercitar esta acción el progenitor que no intervino en el expediente de adopción por no estar determinada legalmente su paternidad o maternidad.

VI. Cabe la acción de extinción si se prescinde del asentimiento o audiencia de los progenitores del adoptado, quienes deberán probar que no tienen la culpa de no haber intervenido en el expediente de adopción.

VII. La acción de extinción se ejercitará en el plazo de caducidad de dos años a contar desde la firmeza de la resolución judicial constitutiva de la adopción, y no desde que los progenitores la hayan conocido.

VIII. La extinción de la adopción no puede perjudicar gravemente el interés del menor, lo cual se produce, normalmente, cuando ya está plenamente integrado en la familia adoptiva, encontrando una clara identificación de las figuras paterna y/o materna. No procederá la extinción de la adopción, a pesar de probarse que los progenitores no prestaron su asentimiento a la adopción o no fueron oídos en el expediente, sin culpa alguna, si así lo exige el interés superior del menor.

IX. La extinción de la adopción requiere el consentimiento del adoptado mayor de edad y plenamente capaz para evitar excesos en la decisión de extinguirla.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ATC 47/2009, de 13 de febrero
- STC 58/2008, de 28 de abril
- ATC 319/1999, de 21 de diciembre
- STC 143/1990, de 26 de septiembre

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 6 de febrero de 2012
- Sentencia de 14 de noviembre de 2011
- Sentencia de 18 de enero de 2011
- Sentencia de 31 de julio de 2009
- Sentencia de 9 de julio de 2001
- Sentencia de 21 de septiembre de 1999
- Sentencia de 18 de junio de 1998
- Sentencia de 27 de noviembre de 1992
- Sentencia de 2 de marzo de 1989
- Sentencia de 12 de noviembre de 1988
- Sentencia de 8 de marzo de 1988
- Sentencia de 19 de febrero de 1988
- Sentencia de 17 de octubre de 1987
- Sentencia de 20 de abril de 1987
- Sentencia de 18 de marzo de 1987
- Sentencia de 27 de febrero de 1985
- Sentencia de 26 de junio de 1982

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Jaén de 6 de abril de 2016
- SAP de Asturias de 10 de marzo de 2016
- SAP de Granada de 15 de enero de 2016
- SAP de Jaén de 8 de enero de 2016
- SAP de Murcia de 23 de diciembre de 2015
- SAP de Cádiz de 18 de diciembre de 2015
- SAP de Málaga de 18 de diciembre de 2015
- SAP de Zaragoza de 1 de diciembre de 2015
- SAP de Granada de 27 de noviembre de 2015
- SAP de Valencia de 19 de noviembre de 2015
- SAP de León de 16 de noviembre de 2015
- SAP de Segovia de 16 de noviembre de 2015
- SAP de Madrid de 20 de octubre de 2015
- SAP de Córdoba de 9 de octubre de 2015
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de septiembre de 2015
- AAP de Cantabria de 22 de septiembre de 2015
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 8 de julio de 2015
- SAP de Jaén de 1 de julio de 2015
- SAP de Cádiz de 8 de junio de 2015
- SAP de La Rioja de 9 de abril de 2015

- SAP de Cádiz de 26 de febrero de 2015
- SAP de Toledo de 13 de enero de 2015
- SAP de Orense de 15 de octubre de 2014
- SAP de Granada de 30 de mayo de 2014
- SAP de Ávila de 24 de enero de 2014
- AAP de Castellón de 4 de octubre de 2012
- SAP de Alicante de 17 de octubre de 2011
- AAP de Gerona de 2 de diciembre de 2010
- SAP de Burgos de 8 de octubre de 2010
- SAP de Cádiz de 9 de junio de 2010
- SAP de Murcia de 25 de febrero de 2010
- AAP de Castellón de 7 de septiembre de 2009
- SAP de Madrid de 16 de septiembre de 2008
- AAP de Castellón de 27 de febrero de 2008
- AAP de Badajoz de 22 de octubre de 2007
- SAP de Barcelona de 28 de febrero de 2007
- AAP de León de 20 de febrero de 2007
- SAP de Madrid de 27 de octubre de 2006
- SAP de Barcelona de 3 de mayo de 2006
- AAP de Madrid de 26 de abril de 2006
- SAP de Murcia de 16 de marzo de 2006
- SAP de Castellón de 20 de febrero de 2006
- SAP de Valencia de 9 de noviembre de 2005
- SAP de Cádiz de 11 de abril de 2005
- SAP de Alicante de 7 de febrero de 2005
- AAP de Barcelona de 13 de octubre de 2004
- SAP de León de 8 de julio de 2004
- SAP de Pontevedra de 21 de mayo de 2004
- SAP de Málaga de 16 de enero de 2004
- AAP de Murcia de 26 de septiembre de 2003
- AAP de Cádiz de 6 de junio de 2003
- SAP de Valencia de 6 de marzo de 2003
- AAP de Vizcaya de 3 de octubre de 2002
- AAP de Cantabria de 27 de septiembre de 2002
- AAP de Las Palmas de 26 de julio de 2002
- AAP de Valencia de 11 de julio de 2002
- SAP de Gerona de 5 de julio de 2002
- SAP de Las Palmas de 11 de junio de 2002
- SAP de Islas Baleares de 6 de junio de 2002
- AAP de Tarragona de 2 de mayo de 2002
- SAP de Vizcaya de 25 de marzo de 2002
- SAP de Gerona de 7 de marzo de 2002
- AAP de Castellón de 16 de julio de 2001

- AAP de Zaragoza de 20 de febrero de 2001
- SAP de Barcelona de 14 de febrero de 2001
- AAP de Sevilla de 1 de febrero de 2001
- SAP de León de 28 de diciembre de 2000
- SAP de Málaga de 27 de noviembre de 2000
- SAP de Málaga de 26 de octubre de 2000
- AAP de Granada de 26 de septiembre de 2000
- SAP de Murcia de 8 de septiembre de 2000
- AAP de Castellón de 8 de septiembre de 2000
- SAP de Segovia de 30 de junio de 2000
- SAP de Cáceres de 23 de marzo de 2000
- SAP de Albacete de 15 de marzo de 2000
- SAP de Murcia de 24 de enero de 2000
- SAP de Madrid de 23 de septiembre de 1999
- SAP de Murcia de 17 de septiembre de 1999
- SAP de Lugo de 16 de junio de 1999
- SAP de Las Palmas de 3 de febrero de 1999
- SAP de La Coruña de 14 de octubre de 1998
- AAP de Valencia de 16 de julio de 1998
- AAP de Madrid de 26 de junio de 1998
- SAP de Zamora de 8 de junio de 1998
- SAP de Córdoba de 1 de abril de 1998
- AAP de Barcelona de 9 de febrero de 1998
- AAP de Badajoz de 4 de julio de 1996
- SAP de Albacete de 8 de mayo de 1996
- SAP de Teruel de 28 de junio de 1995
- SAP de Huesca de 13 de octubre de 1994
- SAP de Sevilla de 12 de mayo de 1994
- AAP de Granada de 18 de enero de 1994
- SAP de Teruel de 15 de abril de 1993
- SAP de Navarra de 22 de junio de 1992
- SAP de Zaragoza de 30 de mayo de 1992
- SAP de Almería de 21 de mayo de 1992
- SAP de Zaragoza de 13 de abril de 1992
- AAP de Navarra de 9 de marzo de 1992

VI. BIBLIOGRAFÍA

ADROHER BIOSCA, S. (2009): «La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los santos inocentes», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, enero-febrero, pp. 14 y ss.

- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M. (1998): *Código Civil, doctrina y jurisprudencia*, t. I, Trivium, Madrid.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011): *Compendio de Derecho Civil*, Edisofer, Madrid.
- ALONSO CRESPO, E. (2004): *Adopción nacional e internacional: panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos*, Wolters Kluwer, Madrid.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2008): «Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional», *Revista La Ley*, núm. 6910, pp. 1 y ss.
- ARTERO FELIPE, J. L. (2001): «El elemento volitivo en la adopción», *Acciones e investigaciones sociales*, n.º 12, pp. 53-76.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.^a (2015): «La tutela automática, el acogimiento y la adopción», *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Bercal, Madrid, pp. 270 y ss.
- (2006): «Comentario al artículo 179 CC», *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, p. 328.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2011): «La filiación adoptiva», *Tratado de Derecho de la Familia*, Volumen V, M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (Directores), Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, pp. 509 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1982): «Comentario al artículo 177 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo (Dir.), tomo III, vol. 2.º, Edersa, Madrid, pp. 396 y ss.
- BLASCO GASCÓ, F. (2015): *Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BLASCO GASCÓ, F. (1997): *Derecho de Familia*, V. L. MONTÉS-E. ROCA (Coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia.
- CALZADILLA MEDINA, M.^a A. (2004): *La adopción internacional en el derecho español*, Dykinson, Madrid.
- CARRASCO PERRERA, Á. (1993): «Comentario al artículo 180 CC», *Comentarios a las reformas del Código Civil*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Tecnos, Madrid, pp. 207 y ss.
- CARRIÓN OLMOS, S. (2016): «La adopción», *Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 350 y ss.
- CASTRO LUCINI, F. (1988): «Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 584, enero-febrero, pp. 139-172.
- DE TORRES PEREA, J. M. (2008): *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a D. y HERNÁNDEZ GIL, F. (2007): *Lecciones de Derecho de Familia*, 2.^a edición, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012): *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, t. I, *Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid.
- DURÁN AYAGO, A. (2009): «La nueva regulación de la adopción internacional», *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, E. Llamas Pombo (Coord.), La Ley, Madrid, pp. 543 y ss.
- (2009): «Protección de menores y responsabilidad parental en la Unión Europea», *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, E. LLAMAS POMBO (Coord.), La Ley, Madrid, pp. 567 y ss.

- (2004): «El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural», en *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, A. L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), Colex, Madrid, pp. 303 y ss.
- ESPADA MALLORQUÍN, S. (2012): «La adopción en el Derecho Civil común», *Derecho de Familia*, G. Díez-PICAZO GIMÉNEZ (Coord.), Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 1753 y ss.
- FELIÚ REY, M. I. (1989): *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, Madrid.
- GARCÍA ABURUZA, M.^a P. (2013): «La adopción tras el convenio de Estrasburgo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, pp. 129 y ss.
- GARCÍA CANTERO, G. (1976): «De nuevo sobre el momento perfectivo de la adopción», en *Homenaje al Profesor Federico de Castro*, t. I, Tecnos, Madrid, pp. 619-637.
- (1971): «El nuevo régimen de la adopción», *Anuario de Derecho Civil*, pp. 789-861.
- GESTO ALONSO, B. (2013): *El procedimiento de adopción*, Aranzadi, Cizur Menor.
- GONZÁLEZ PILLADO, E. Y GRANDE SEARA, P. (2004):
— *Acogimiento y adopción*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.
— *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2000): «Constitución de la adopción: declaraciones relevantes», *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 7, pp. 161 y ss.
- HERRANZ BALLESTEROS, M. (2004): *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid.
- HUALDE SÁNCHEZ, J. J. (1993): «Comentario al artículo 177 CC», *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), Tecnos, Madrid, pp. 180 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. Y SANCHO REBULLIDA, F. DE A. (2010): *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, «Familia», Dykinson, Madrid.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015): *Compendio de Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid.
- LLEDÓ YAGÜE, F. (2005): «Derecho de Familia», *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, Dykinson, Madrid.
- LÓPEZ AZCONA, A. (2016): «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, pp. 1 y ss.
- MARTÍN GARCÍA, M.^a DEL L. (2010):
— «Comentario al artículo 179 CC», *Comentarios al Código Civil*, A. DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), Lex Nova, Valladolid, pp. 307 y ss.
— «Comentario al artículo 180 CC», *Comentarios al Código Civil*, A. DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), Lex Nova, Valladolid, pp. 308 y ss.
- MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2016):
— «Comentario al artículo 178 CC», *Código Civil Comentado*, vol. I, ANA CAÑIZARES LASO Y OTROS (Directores), Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 939 y ss.
— «Comentario al artículo 180 CC», *Código Civil Comentado*, vol. I, ANA CAÑIZARES LASO Y OTROS (Directores), Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 959 y ss.

- MÉNDEZ PÉREZ, J. (2000): *La adopción*, Bosch, Barcelona.
- MORENO QUESADA, B. (1990): «La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código Civil», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 1513-1545.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2009): «Derecho de Familia», *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, Dijusa, Madrid.
- (2006):
- «Comentario al artículo 179 CC», *Código Civil. Comentado y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, pp. 273 y ss.
 - «Comentario al artículo 180 CC», *Código Civil. Comentado y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, pp. 274 y ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989): *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2011): «Comentario al art. 177 CC», *Código Civil comentado*, vol. 1, A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (Directores), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 912 y ss.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. (1995): *Derecho de Familia*, Lex Nova, Valladolid.
- PUIG BRUTAU, J. (1985): *Fundamentos de Derecho Civil*, t. IV, Bosch, Barcelona.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (2016): «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», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, pp. 47 y ss.
- SERRANO ALONSO, E. (2006):
- «Comentario al artículo 177 CC», *Comentario del Código Civil*, t. 2, IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (Coord.), Bosch, Barcelona, pp. 507 y ss.
 - «Comentario al artículo 179 CC», *Comentario del Código Civil*, t. 2, IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (Coord.), Bosch, Barcelona, pp. 514 y ss.
 - «Comentario al artículo 180 CC», *Comentario del Código Civil*, t. 2, IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (Coord.), Bosch, Barcelona, pp. 516 y ss.
- UREÑA MARTÍNEZ, M. (2015): «Novedades más significativas en el Código Civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 15, pp. 145 y ss.
- URIARTE CODÓN, A. (2011): «Proceso de adopción», en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Francisco Lledó Yagüe, Alicia Sánchez Sánchez y Oscar Monje Balmaseda (Coords.), Dykinson, Madrid, vol. 2, pp. 234 y ss.
- VALLÉS AMORES, L. (2005): *La adopción: exigencias subjetivas y su problemática actual*, Dykinson, Madrid.
- VARGAS CABRERA, B. (1994): *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores: doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional: ley 21/87 de 11 de noviembre*, Comares, Granada.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (2016):
- «Comentario al artículo 177 CC», *Código Civil comentado*, <http://0-app.vlex.com.athenea.upo.es/#WW/vid/593245022> (26/9/2016).
 - «Comentario al artículo 180 CC», *Código Civil comentado*, <http://vlex.com/vid/articulo-180-593245022> (10/10/2016).

- VELA SÁNCHEZ, A. J. (2013): «El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo», *Revista La Ley*, Madrid, D-333, pp. 1385-1391.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2009): «La declaración de idoneidad en la Ley de Adopción Internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre)», *Actualidad Civil*, núm. 10, 16 de mayo, pp. 1 y ss.



BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

Libros *

EBERS, Martin: *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, Mohr Siebeck Tübingen, 2016, 1116 pp.

En esta magnífica obra, *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht* el autor Martin Ebers (Humboldt-Universität zu Berlin) estudia qué derechos, recursos y sanciones se encuentran en las legislaciones nacionales para dar cumplimiento a la legislación europea. Si bien en muchas áreas del Derecho de la UE se ha llevado a cabo una armonización normativa, sin embargo, el sistema está desprovisto de aquellos instrumentos jurídicos necesarios para exigir el cumplimiento de la ley. Esta labor jurídica de envergadura es acometida con éxito en esta relevante obra, con la que el autor ha obtenido la más alta calificación académica, la habilitación.

La obra se presenta al lector en cuatro partes diferenciadas. En una primera parte a modo de introducción se abordan las consecuencias jurídicas que la falta de uniformización del sistema de sanciones plantea. Se estudia de forma destacada la evolución de la jurisprudencia del TJUE a favor de una ampliación de la protección de los derechos subjetivos en la UE. En una segunda parte, se analiza la configuración jurídica que el derecho subjetivo adopta en el derecho de la UE y su recepción en las leyes nacionales de los Estados miembros, con especial énfasis en la contraposición entre los sistemas jurídicos continentales y el sistema jurídico anglosajón.

Por una parte, el autor aborda la delimitación que el TJUE traza del concepto de derecho subjetivo y el desarrollo de su protección. Analiza también los problemas que se derivan de la superposición que se produce entre el sistema de sanciones configurado por el TJUE como resultado de la interpretación del derecho según el principio del *effet utile* y el de los diferentes Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que tienen plena libertad en la determinación de la naturaleza jurídica de la sanción (penal, administrativa o civil) que lleva aparejada una conculcación de un derecho subjetivo. Por otra parte, describe el alcance de los efectos que despliega la aplicación del Derecho privado en los Estados miembros analizando las consecuencias que se siguen de la postura del TJUE a favor de la exclusión del efecto directo horizontal y proponiendo una necesaria configuración de una vía de reclamación directa del particular ante el TJUE.

En la tercera parte de la obra se estudian los diferentes sistemas de sanciones que las legislaciones nacionales proveen para dar respuesta a la violación de los principales derechos subjetivos reconocidos en la legislación europea con especial referencia a la protección de las libertades fundamenta-

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

les, la defensa de la competencia, la legislación sobre antidiscriminación y la normativa europea de protección del consumidor.

Con relación a la protección de las libertades fundamentales, adquiere especial relevancia el estudio de las garantías de la libre circulación y acceso a los mercados de los Estados miembros. Se analizan los distintos criterios de valoración de las posibles restricciones en este acceso tanto de las personas como de los productos. Con la distinción de que en el primer caso se analiza si una medida compromete el derecho a la libre circulación de las personas (por ejemplo, medidas tomadas en relación a la emigración...), mientras que en el supuesto de circulación de productos la restricción se cuantifica en base a datos numéricos. El autor se postula a favor de una protección de las libertades cuyo objeto integre tanto los derechos subjetivos de carácter público como privado. Considera que la atribución a esta protección de un efecto directo horizontal en las relaciones jurídico-privadas constituye el mejor instrumento de uniformización en todos los Estados miembros. Sin embargo, no existe en la jurisprudencia del TJUE una clara identificación de qué consecuencias jurídicas se siguen de la infracción de una libertad fundamental en una relación jurídico privada, y en este sentido el autor pone de ejemplo la regulación que el derecho alemán contiene de estas consecuencias jurídicas: por ejemplo la nulidad de las cláusulas contractuales que violen las libertades fundamentales por aplicación del §134 BGB o la reclamación de indemnización por dicha violación ex §823.2 BGB entre otros.

En lo que se refiere al Derecho de la Competencia, estudia la Directiva 2014/104/UE de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, que positiviza la postura jurisprudencial del TJUE sobre la responsabilidad por la infracción del Derecho de la competencia. Ahora bien, como se expone en la obra, la Directiva sólo regula las acciones individuales por daños y perjuicios y muchas infracciones en esta materia quedan fuera de su aplicación. Además, el hecho de que el TJUE en determinadas cuestiones jurídicas (la nulidad de los contratos entre una empresa infractora del Derecho de la competencia y terceros) se remita al Derecho nacional conduce a diferentes soluciones y genera inseguridad jurídica. Respecto a las acciones colectivas en el Derecho de la Competencia, el autor propone una necesaria armonización europea dado el modelo de exclusión seguido por la Directiva, y la diferente regulación de éstas en los diferentes Estados miembros.

En relación con el Derecho antidiscriminatorio en este trabajo se estudia la controvertida eficacia horizontal atribuida al reconocimiento judicial del principio de igualdad, su admisión como principio de Derecho europeo con independencia de su regulación en una fuente del derecho secundario (caso Mangold C144/04). Labor que implica un riguroso estudio de la evolución de la postura jurisprudencial del TJUE hacia la admisión de la protección de la igualdad mediante sanciones que cumplan los criterios de ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias». Se estudia comparativamente los sistemas de protección regulados en los diferentes Derechos civiles de los Estados miembros y el régimen sancionatorio adoptado (penal o administrativo) con especial referencia a la insuficiente regulación del Derecho alemán regulador de sanciones exclusivamente de carácter civil.

Finalmente, se analiza la protección de los derechos del consumidor, ya que, aunque la armonización del derecho europeo ha sido plena, no todos los

Estados han implementado las mismas políticas de protección. El autor destaca la necesaria armonización en el Derecho privado tanto en la regulación de los recursos jurídicos individuales conferidos al consumidor como en las acciones colectivas. El estudio de los diferentes sistemas de protección del consumidor en los Estados miembros pone de relieve las diferencias significativas existentes en el régimen de sanciones; de carácter privado en algunos países, en otros, de carácter administrativo e incluso penal. A modo de ejemplo, se estudian las diferentes consecuencias jurídicas que se atribuyen al incumplimiento de las obligaciones de información precontractual en el contrato con el consumidor.

La obra finaliza con el desarrollo de las diferentes conclusiones a las que conduce el trabajo. El autor reflexiona sobre la necesaria aproximación entre los distintos sistemas de aplicación de la ley de los Estados miembros para lograr una efectiva ejecución de la legislación europea. En todo caso, dado que una armonización de los diferentes sistemas y de sus consecuencias implica una común voluntad política de todos los Estados miembros, hasta que ésta se produzca seguirá siendo relevante la función interpretativa desarrollada por el TJUE.

La obra que reseñamos constituye una contribución fundamental al debate jurídico sobre la efectiva aplicación de la legislación europea en los Estados miembros, con especial referencia al Derecho Privado. Nos encontramos ante un trabajo profundo en el que se pone de manifiesto la capacidad de análisis y reflexión del autor. Desde aquí nuestra felicitación por la realización del presente trabajo que consideramos de lectura imprescindible para los juristas tanto académicos como profesionales por el minucioso estudio que en él se realiza de las principales cuestiones jurídicas que el tema suscita.

Sandra CAMACHO CLAVIJO
Profesora Agregada de Derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Usufructo, uso y habitación*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016, 1495 pp.

Sin duda, la doctrina española está de enhorabuena. No hace mucho que acaba de ver la luz la 2.^a edición de una magna obra, grande en tamaño (casi 1500 págs), y grande en su contenido, profundo y sugerente, que, publicada por la editorial Civitas-Thomson Reuters, ha sido escrita por el profesor Francisco Rivero Hernández. Su título: *Usufructo, uso y habitación*.

El propio título revela que no es una mera edición más de la obra original, que haya sido ahora simplemente revisada y puesta al día. Frente al título original de la 1.^a edición (*Usufructo*), ahora la obra se amplía, para extenderse a otros derechos reales limitados de goce: el uso y la habitación (cuyo estudio se contiene en un único Capítulo, el XIV y último, siguiendo en sus epígrafes la misma sistemática que en el resto de la obra, aunque en Capítulos diferenciados, se dedica al usufructo: historia y concepto, constitución, estructura y contenido: derechos y deberes, duración, modificación y extinción). Tal ampliación, en aclaración hecha por su propio autor, obedece, por un lado, a la sinonimia (conceptual e histórica) habidas entre todos esos derechos reales de goce, y, por otro, a la actualidad que recientemente, tras alguna

reforma legal y, sobre todo, por obra jurisprudencial, han adquirido tales derechos de uso y de habitación, como sucede en materia sucesoria y familiar (en los arts. 96, 822, 1406 y 1407 CC). Sin duda, de entre todos esos casos, el supuesto estrella, hoy día, es el referido al art. 96 CC, sobre atribución del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial (o de pareja, habría que generalizar, ante la posible aplicación de aquella norma a las parejas no casadas con hijos comunes, o para los casos de expresa previsión normativa al respecto en algunos Derechos autonómicos). Sobre tal supuesto se está aún, según creo, en un estado embrionario, y muy polémico, donde hay aún muchas cosas por decir, y debatir, todo lo cual se deja entever en su propia exposición, algo resentida por ello, contenida en la presente obra.

Junto a tal ampliación a los derechos de uso y de habitación, y aunque así no lo revele ya el título de la obra, dentro de ella su autor ha colmado lo que, en mi opinión, era un vacío que presentaba en su primera edición: un estudio más detenido de los usufructos legales (a los que se dedica un Capítulo propio, el XIII), donde se abordan los que hay, especialmente en materia sucesoria (el usufructo vidual), tanto en Derecho común, como en los territoriales (y aquí, en todas sus modalidades: de fidelidad y de los ascendientes no troncales, en Navarra, la *tenuta* y el usufructo de *excreix* y el universal *abintestato*, en Cataluña, o los propios viduales en Aragón, Galicia, País Vasco y en algunas de las Islas Baleares). No es que en la primera edición no hubiera referencia a ellos. La había, pero integrada a lo largo de toda la obra, sin atención propia, separada. Razón lleva el Prof. Rivero al justificar aquella inicial previsión, integrada o diluida, por no constituir los usufructos legales verdaderos usufructos, sino límites naturales de la propiedad, por cuanto impuestos por obra directa de la ley. Pero en esta ocasión, en la 2.^a edición, se rinde ante la evidencia, ante la frecuencia en la realidad de tales usufructos (sin duda, los más comunes en la práctica del quehacer cotidiano jurídico).

Con tales ampliaciones, la obra resultante es, sin duda, voluminosa, y, en mi opinión, viene a colmar otra laguna, que hasta ahora existía en nuestra doctrina. Nacida de una revisión a los *Elementos de Derecho Civil* del maestro Lacruz, y de unos comentarios al Derecho catalán, viene a ser la presente obra un referente en la materia. No es que en el camino, anterior y posterior a aquella obra del maestro zaragozano, no haya habido importantes contribuciones científicas en materia de usufructo, uso y habitación. Las ha habido, y de calidad. Pero siempre sobre cuestiones específicas, aunque se tratara de monografías. Solo la obra del Prof. Rivero ha tenido la valentía y la ambición de hacer una obra monográfica completa sobre tales derechos. Reconoce haberse inspirado en grandes obras extranjeras, francesas, alemanas, ... y, sobre todo, italianas (no en vano, algunas de las leyes y doctrinas provenientes de tales países, especialmente de Francia y Alemania, han influido en las nuestras, comunes o autonómicas). Y, según creo, si bien podremos seguir aprendiendo de tales obras, gracias a la nuestra del Prof. Rivero ya no tendremos nada que envidiar de aquéllas. Pues ya en la nuestra, en la obra del Prof. Rivero contamos con nuestro Venezian, nuestro Pugliese, o con nuestro Barbero, según se prefiera comparar. De ahí que no solo sea elogiable, como digo, la valentía y ambición de su autor al abordar una obra de esta índole y envergadura. También es de loar su modestia al seguir titulando su obra por los nombres de los derechos reales que estudia. Pero bien merece llamarse *Tratado*. Porque, en el fondo, lo es.

Junto a la doctrina extranjera, por supuesto, también es muy atendida la española, que junto a la jurisprudencia, son hábilmente empleadas en esta

obra para interpretar la ley que regula el usufructo, el uso y la habitación. En tal atención, y consabida la pluralidad realidad española, el Prof. Rivero atiende a todos los ordenamientos existentes: al Código civil, como protagonista (al ser, no en vano, Derecho común), pero también al resto de ordenamientos, donde incluso la regulación de aquellos derechos es más rica y moderna; tales como el Derecho catalán, el aragonés y el navarro, sin olvidar, en su caso, el gallego, el vasco y el balear. También en dicho trato hay integración en la obra, tratándose cada Derecho al hilo de la cuestión o materia que se está abordando. Se huye, por tanto, en esta obra de separar monográficamente todo el régimen jurídico sobre el usufructo, el uso y la habitación según conste en el Código Civil, en el Derecho navarro, en el catalán,... Acaso como si entre ellos nada hubiese en común. En cambio, con la fórmula aquí tomada, ante todo, se evitan muchas reiteraciones innecesarias en lo que de análogo hay entre los ordenamientos de España en materia de usufructo, uso y habitación (tanto como que tales derechos serán en su esencia siempre los mismos desde el Cabo de Gata hasta Finisterre); y, precisamente, en lo que de divergencia hay entre los regímenes territoriales, se hace un verdadero trabajo de Derecho comparado (de Derecho interregional, si se prefiere decir), lo que evita una laboriosa lectura salteada a cargo del lector. Sin esfuerzo para el profesional que busca la solución a su problema, podrá comprobar cómo idénticas cuestiones pueden ser resueltas de muy diversa forma por los distintos Derechos de nuestra nación.

También es de gran provecho para el lector la facilidad de hallar la información, y así la respuesta a sus problemas. A lo largo de todos los capítulos, el gran número de epígrafes, tan precisos y concisos en su enunciado, facilitan, sin duda, aquella búsqueda.

Pues preocupación constante de esta obra, manifestada por su autor desde el mismo prefacio, y observada a lo largo y ancho de la misma, es su practicidad, que la obra sea útil para el práctico, aunque sin renunciar al rigor y a la profundidad. Esto último lo demuestran a las claras algunas partes de la obra, a veces tal vez excesivas, dedicadas a la historia, a los conceptos,..., que a simple vista aparecen como simples introducciones, previas al estudio del régimen jurídico, y práctico, que más importa tratar. Pero, bien vistas, no se trata de mero adorno, de simple prurito de erudición histórica o dogmática; sino de asentar las bases que resultan imprescindibles para a continuación resolver los problemas reales, prácticos,...

Y, como dice el refranero, para muestra un botón, que se observa desde el mismo comienzo de la obra en sus primeros Capítulos (en gran medida en el I, con una idea general y un concepto legal del usufructo, también en el II, dedicado al régimen jurídico del usufructo, y en parte del Capítulo III, sobre constitución del usufructo). En ellos, comienza el Prof. Rivero haciendo un detenido y exhaustivo recorrido histórico y conceptual por el usufructo (y lo mismo hará en los primeros epígrafes del último Capítulo, el XIV, sobre el uso y la habitación). ¿Acaso por ello se ha traicionado a sí mismo, y al carácter práctico de la obra? En absoluto. Pronto, en esos mismos Capítulos, el lector tomará conciencia de que estamos ante una cuestión capital, la primera de todas, pues antes que saber si aplicar en la práctica a un derecho de goce el régimen del usufructo, o el del uso, o el de la habitación, o, tal vez el del arrendamiento, el del comodato, o incluso el del precario,... habrá que ver si estamos ante uno u otro tipo de derechos. Y la cuestión importa, como, entre otros tantísimos ejemplos, se observa en la atribución del uso de la vivienda familiar, donde, precisamente, tanto debate hay porque, como primer proble-

ma, siempre estará el de calificar la naturaleza de tal derecho sobre la vivienda (que si uso, habitación, comodato,...). Y la repercusión práctica de tal cuestión es innegable; piénsese, sin más, en la eficacia, en la protección de tal situación frente a terceros: si estamos ante un derecho personal, como el arrendamiento, o incluso en una situación precaria, quien compre y adquiera la propiedad podría echar a la familia; lo que, por principio, no sucede si el goce se ostenta en virtud de un derecho real (de usufructo, de uso o de habitación). Por eso, determinar la naturaleza de un derecho de goce, para saber si es real o personal, importa. Así lo advierte también el Prof. Rivero, quien, como hacemos todos cuando nos referimos a la naturaleza jurídica de cualquier institución, lo hace excusándose de meterse en tal cuestión, justificada por su relevancia práctica. Lo que, salvo que degenere en mera jurisprudencia de conceptos, es hoy lo común. Mas creo que ya va siendo hora de no justificarse tanto cuando se aborda la naturaleza jurídica de cualquier institución, siempre que ello produzca efectos (como casi siempre sucede). Hay que hacerlo sin complejos; es una de nuestras principales misiones como científicos del Derecho (como hace ya 50 años nos recordaba Estévez: *Sobre el concepto de «naturaleza jurídica»*).

En ello están en juego la libertad negocial, la aplicación de la norma adecuada y, en fin, la correcta interpretación de una y otra. Me explico:

Precisamente, averiguar, y conocer, la naturaleza jurídica de todos aquellos derechos adquiere mayor relevancia si cabe, porque en nuestro Derecho, como en otros, no hay al respecto moldes legales y típicos enteramente imperativos y cerrados, de los que no se pueda salir con imaginación (con libertad contractual o autonomía de la voluntad). Sabedor de ello, del llamado sistema de *numerus apertus* reinante en materia de derechos patrimoniales (pues ahí están, entre otros muchos, el art. 467 CC *in fine*, sobre usufructo, el 523 CC, sobre uso y habitación, o el 594 CC, sobre servidumbres,...), el Prof. Rivero Hernández, consabida la admisión de tal sistema entre nosotros (por mucho que haya quien aún lo cuestione), se centra en lo que a estas alturas importa: en fijar los límites de tal sistema, en averiguar «hasta dónde llega la autonomía de la voluntad en este orden» (se pregunta una vez).

Es, precisamente, la existencia en la práctica de tan variados usufructos atípicos buena muestra de ello, y, en buena medida, lo que justifica la existencia misma de esta obra del Prof. Rivero. Él mismo lo advierte en multitud de ocasiones: desde su prefacio y durante toda su obra. Que los usufructos típicos, los que regula el CC, están desfasados; están inspirados, por influencia desmesurada del CC francés de la época, en un mundo rural que actualmente ha sido muy superado por una realidad social más urbana, industrial, e incluso virtual, en su economía. Por eso, aquel régimen jurídico codificado ha quedado como algo anacrónico, e inútil para servir a la nueva realidad socio-económica, cuyo valor, como criterio interpretativo de las leyes (según permite, no lo olvidemos, el art. 3.1 CC), es una constante en la obra del Prof. Rivero, que incluso llega a confesarse (aunque no es ello pecado), conocedor, casi amante, de la sociología. No en vano, mientras que a los usufructos que regula el CC les dedica, más por respeto a su presencia en la ley que en la práctica, un Capítulo de su obra, el IX (sobre el usufructo de cosa consumible, o de cosa deteriorable, el usufructo de rebaño, de árboles y montes, y de minas), a los demás, en su mayoría atípicos y tan variopintos y abundantes, les dedica diversos Capítulos del libro: el X a los usufructos de derechos (de derechos y de acciones reales, de propiedad intelectual e industrial, de derechos de crédito, de acciones y participaciones de sociedades de capital, o de

fondos de inversión,..); el Capítulo XI lo dedica a los usufructos de universalidades de bienes, o de cuotas (de patrimonios, de empresas, de activos financieros y carteras de valores,...); y el Capítulo XII, casi a modo de cajón de sastre, lo dedica al usufructo con facultad de disponer, al usufructo de propietario, y a los usufructos de garantía (típicos y atípicos).

Se trata, por ello, de observar cómo los límites consabidos (los del art. 1255 CC), se concretan en esta sede, para concluir en la necesidad de observar qué rasgos son los típicos (esenciales, o estructurales gusta llamar al Prof. Rivero), y cuál la función socio-económica propia de cada uno de aquellos moldes de goce a fin de calificarlos, dentro de su atipicidad, como usufructo, o como uso, o como habitación,... y así sujetarlo al régimen correspondiente.

Con tal fin, primero, habrá que ver si el derecho en cuestión es de naturaleza real (con sus rasgos propios: las consabidas inmediatitud, inherencia y oponibilidad *erga omnes*), o personal (con los rasgos opuestos a los de aquéllos), y ya atribuida la naturaleza, concretar a qué modelo se adscribe, para así conocer cuál será su régimen legal: que si, tratándose de un derecho real, es usufructo, uso, habitación, o servidumbre personal; y si es derecho personal, si es arrendamiento, comodato,...; o ni real, ni personal, y es mera tenencia, en precario o tolerada, de cosa ajena. Y, ¿cómo averiguar en la práctica todo ello?

Tras su escrutinio, concluye el Prof. Rivero, con grande acierto a mi modo de ver, que los rasgos esenciales (o estructurales, como él gusta decir), típicos e indisponibles del usufructo son su temporalidad y la concesión del *jus fruendi*, de la facultad de disfrute, que aunque sea graduable (pudiendo ser total, o recayente sobre una parte de los frutos), siempre se ha de ejercitar conforme al destino económico de la cosa usufructuada. Todo lo demás son elementos, a lo más, naturales, y, como tales, prescindibles por la voluntad privada. Lo propio hará (en el Capítulo XIV), con los derechos de uso y de habitación, viendo como rasgos esenciales de este último, su objeto siempre inmobiliario, su destino siempre de vivienda, y, por tanto, siempre atribuido a personas físicas, y su contenido siempre limitado a tal uso, frente al posible contenido de goce típico en el derecho de uso, aunque destinando siempre tal disfrute a las necesidades actuales del usuario (obviando el Prof. Rivero, con argumentos convincentes, que no pueda tratarse de frutos civiles, ni de dinero en particular). Es, precisamente, la adscripción a un fin determinado en uno y otro tipo, habitación y uso, lo que les diferencia del usufructo.

Pero que tales rasgos sean esenciales a uno y otro tipo de molde jurídico-real de goce, no significa que sean exclusivos de ellos. También se puede concretar el fin del goce, y limitarlo cuantitativamente, en el usufructo (¿acaso no es el derecho aprovechamiento por turno un usufructo ejercido por turnos y con un fin vacacional?); también el uso y la habitación son temporales, como el usufructo, aunque en principio indisponibles por ser personalísimos (lo que, precisamente, justifica su temporalidad), y también esencialmente temporal es el arrendamiento; también pueden serlo las servidumbres –las personales, no las prediales, que son las comparables (y confundibles) con el usufructo–; el uso y la habitación son indisponibles, pero también puede tal cosa pactarse en el usufructo, o en el arrendamiento,... La onerosidad del arrendamiento, como rasgo esencial, deja de ser distintivo, no frente al uso y la habitación (por principio indisponibles), pero sí frente al usufructo establecido onerosamente;... Como se ve, los rasgos esenciales no son determinantes, reveladores por sí solos del tipo. Es más, aquella falta de precisas y absolutas fronteras son las que justifican la posibilidad del

fraude en la práctica: que bajo la apariencia, por ejemplo, de servidumbre personal, se pretenda un usufructo, un uso, ... perpetuo, disponible, y hasta redimible (no se olvide que bajo el manto, y cajón de sastre, de las servidumbres personales, existen las llamadas servidumbres industriales, las publicitarias y las de no concurrencia); o que bajo la apariencia de un usufructo lo que verdaderamente exista sea un arrendamiento, o un comodato; ¡o a la inversa!, ... O que simplemente haya una tenencia tolerada por el dueño, que no da derecho ninguno, ni real ni personal, al precario, ...

No basta, pues, con reconocer la libertad negocial y fijar sus límites, sino también averiguar en cada caso cuál es el contenido de esa libertad cuando ha sido manifestada; es decir, habrá que interpretar esa voluntad, y también saber interpretar la de la propia ley que resulte aplicable. También de ello es consciente el Prof. Rivero en sus diversas referencias a la interpretación de la ley (art. 3 CC), del contrato (arts. 1281 y ss), y del testamento (art. 675 CC). Tal vez le falta referencia a la interpretación del hecho posesorio, cuando el derecho, si es real de usufructo, uso o habitación, ha sido usucapido (si es que alguna vez tal hipótesis, arrastrada como un error del Digesto por los Códigos modernos, se diera en la práctica), al menos en la hipótesis de la usucapición extraordinaria, en la que, no habiendo título, habría que determinar el alcance del derecho usucapido conforme a la regla *tantum praescriptum quantum possessum*. Para la ordinaria, ya estará el título para hacerlo.

El problema común en todo ese maremágnum interpretativo, de leyes y voluntades particulares, es el caso dudoso más elemental, que ningún criterio hermenéutico resuelve por sí mismo: el que afecta a la naturaleza misma del goce ajeno, con toda la importancia práctica, vimos, que tiene: ¿se trata de mera posesión o se tiene *jus possidendi*?; y, de haber derecho a poseer lo ajeno que de hecho se posee, ¿lo es por derecho personal o en virtud de derecho real?

Para resolver tales enigmas, el Prof. Rivero Hernández nos recuerda la consabida jurisprudencia consagrada desde hace mucho al respecto: el principio de presunción de libertad de la propiedad, salvo que se pruebe lo contrario, y, consiguientemente, que en la duda haya que presumir la naturaleza personal del derecho de goce de cosa ajena y que, de ser efectivamente un usufructo, al ser éste una carga real, una limitación extraordinaria para la propiedad, toda duda se resuelva realizando una interpretación restrictiva del mismo, tanto del título que lo constituya (por supuesto, si de algún título ha nacido el usufructo), como de la ley que lo regula. O dicho de otra forma, apunto: siendo un beneficio la propiedad en plena libertad, y un perjuicio para ella el usufructo que la grava y limita, no sería aquel criterio jurisprudencial sino fiel trasunto del aforismo «*favorabilia amplianda, odiosa restringenda*».

Sin embargo, conforme al criterio sociológico que guía toda la obra, el Prof. Rivera se mostrará reticente, algo crítico con tales criterios interpretativos (considerando su aplicación «creo que apresurada en más de una ocasión»), y consecuente con su visión anacrónica del CC en materia de usufructo, y también de la propiedad como la supuesta panacea económico-social de las cosas. Propondrá, así, que aquel criterio jurisprudencial opere solo en caso de que la duda afecte a una mayor o menor restricción para la propiedad, pero no a lo que sean deberes (obligaciones *propter rem*) del usufructuario o del nudo propietario ni a todo aquello que no implique limitación para la propiedad usufructuada. Y como muestra de su propuesta, refiere alguna jurisprudencia que ha terminando admitiendo una interpretación extensiva, a

favor del usufructo, fundada en la voluntad real del legítimo constituyente de tal derecho real.

Por mi parte, no comparto la visión que de la propiedad tiene el Prof. Rivera. Guste o no, en un mundo neoliberal, la propiedad es la reina de los derechos reales, y a ella, en plenitud, se ambiciona. Lo que, desde luego, no niega que haya otras formas de explotar económicamente las cosas que no sean en propiedad, y que incluso su limitación suponga también un beneficio para el propio dueño (quedando, probablemente, exceptuadas de lo dicho, las servidumbres): con las garantías reales se obtiene crédito, los de goce suponen la vida misma de la cosa (usufructuada, usada,...), y siempre queda la vuelta a manos del dueño (a veces con importantes réditos para dicho dueño; piénsese, por ejemplo, en la propiedad superficiaria una vez extinta y puesta en manos del dueño del suelo). Es, precisamente, esa elasticidad, y también la aptitud expansiva de la propiedad –que solo es de la propiedad (*ex art. 353 CC*), y solo por añadidura para los demás derechos reales (*cfr.*, *art. 479 CC*)–, de las que, por supuesto, es consciente el Prof. Rivero, lo que permite ver en la creación del usufructo, como de cualquier otro derecho real menor, un fraccionamiento, o una desmembración (si se quiere, aun a riesgo de ser algo escabroso), de la propiedad, sin verla por ello amputada o en riesgo de extinción. Sé que esta idea es antigua (la del dominio dividido,...), y que hoy se considera superada (y suplida, por lo demás, por mil y una tesis que no son más que circunloquios de lo que en realidad sucede). Pero es aquella idea, de la separación de facultades, o de poderes en la cosa (goce y disposición, según define a la propiedad el *art. 328 CC*), la que se refleja en el Registro, en la realidad registral, que en este ámbito supera a la realidad existente fuera del Registro, para permitir, precisamente, en beneficio muchas veces del propio dominio fraccionado, la supervivencia de otros derechos, de sus propios intereses, en figuras tales como el usufructo de propietario, el usufructo con facultad de disponer, o la pervivencia de la hipoteca una vez coincidentes en la misma mano el usufructo y la nuda propiedad,... Y de ello es sabedor el Prof. Rivero.

Con todo, creo que aceptada, solo en parte, y matizada aquella propuesta hermenéutica del Prof. Rivero, en mi opinión (que la doy, invitado por lo sugerente de la obra, por las provocaciones lanzadas consciente y confesadamente por su autor), las cosas podrían quedar del siguiente modo:

Para empezar, si la duda es tan fundamental, para saber si hay o no derecho, en la duda hay que presumir la mera tenencia de cosa ajena, en precario, sin derecho a poseer.

Si al menos se tiene la certeza de que se tiene derecho a poseer la cosa ajena, la duda que afecte a la naturaleza misma de tal derecho deberá resolverse presumiendo que es de naturaleza personal, crediticia, pues al ser carga personal (que no se adhiere a la cosa, ni es eficaz frente a terceros), ello limita, compromete menos la libertad presunta y la plenitud de poder de la propiedad.

Pero ahí no acaba la cuestión: fijada la naturaleza (personal o real), la duda puede afectar al tipo, al modelo particular en donde encajarlo: tratándose de un derecho real de goce (que es el objeto de la obra): ¿se tratará de un usufructo, de un uso o de una habitación, o incluso de una servidumbre personal? Ahí se tendrán en cuenta los rasgos esenciales de uno y otro (antes referidos), pero dicho ha quedado que no son exclusivos ni excluyentes: *quid iuris?* Sale al paso el Prof. Rivero proponiendo, para su solución, una interpretación finalista y funcional (conforme a la jurisprudencia de intereses, no

a la de conceptos); pero, ¿cuáles son esos intereses? Tal vez haya que seguir aplicando hasta sus últimas consecuencias la regla jurisprudencial, favorable a la libertad, o menor limitación, del dominio, en concurrencia con la propuesta por el Prof. Rivero, y optar ante aquella duda por el uso o bien por la habitación (por uno u otro atendidos sus rasgos distintivos, también antes indicados), con exclusión, en esa duda, de cualquier otra opción: de la servidumbre, aunque sea la personal, primero por ser la servidumbre la carga real más odiosa para la propiedad (no solo por las consabidas razones políticas liberales, de que las servidumbres rememoran tiempos feudales, sino, técnica y económicamente, por ser la única carga o derecho real menor que no implica ningún beneficio para la propiedad gravada), y, segundo, por una razón práctica: tal calificación no resolvería mucho ante la ausencia de régimen legal sobre tal modalidad de servidumbre.

También quedaría excluido en aquel caso la calificación como usufructo, por suponer su contenido de poder *in re aliena* y su régimen una mayor carga o limitación para el dominio. No en vano, los derechos de uso y de habitación siempre se han considerado «pequeños» usufructos, siendo por ello menos gravosos, no solo para el propietario, sino también menos comprometidos para el usuario y el habitacionista (cfr., arts. 527. I y 1289 CC); tal exclusión, por tanto, será por el bien –por el interés– de todos los afectados.

Y, por último, sabido que en el caso particular el derecho real es de usufructo, o de uso, o de habitación, cualquier duda (por ejemplo, sobre el alcance de su contenido de poder de uso o disfrute, su duración, su disponibilidad,...), según el Prof. Rivero, debería ser resuelta aplicando aquel criterio jurisprudencial solo cuando la cuestión a interpretar suponga mayor o menor limitación del dominio, no en los demás casos, donde incluso cabría hacer una interpretación extensiva, favorable al usufructo (como, según él, ha terminado admitiendo alguna vez el Tribunal Supremo atendida la voluntad real del legítimo constituyente del derecho real). Creo, sin embargo, que este último debería ser siempre el único criterio rector para tal caso dudoso, debiendo ya quedar a un lado, desterrado, aquel otro jurisprudencial. Porque una vez concluido, por vía interpretativa (y conforme a aquel criterio jurisprudencial, ahí sí), que el derecho es de usufructo, porque así es la voluntad de las partes, o del usucapiente (con su correspondiente *animus possidendi* y la necesaria negligencia del propietario), o de la propia ley (piénsese, sin más, en los casos, tan abundantes, de usufructo legal), ¿por qué seguir aplicando aquella regla hermenéutica restrictiva, contraria al usufructo, que defiende la jurisprudencia, cuando la presencia del usufructo es deseada, es voluntad, de las partes o de la propia ley?

Así calificado el caso como usufructo, como uso, o como habitación, según los casos, ya será entonces cuando pueda aplicársele su régimen correspondiente, y será entonces cuando la obra del Prof. Rivero, aquí recensionada, se muestre como útil, como prácticamente imprescindible. Sean, pues, esta nueva edición y nuestro Venezian bienvenidos.

Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA
Profesor Titular de Derecho civil (acreditado a Catedrático)
Universidad de Sevilla

OLIVA IZQUIERDO, Antonio Manuel: *La nueva coordinación Registro-Catastro*, Colegio de Registradores de España, Madrid, 2016, 364 pp.

La obra objeto de esta recensión es la primera monografía publicada por este joven autor que ha ingresado recientemente en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

Se inicia con un prólogo de Juan María Díaz Fraile, registrador de la propiedad actualmente Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, quien sin duda es una de las personas más autorizadas en la materia para aportar la visión introductoria de este trabajo.

La elección del tema es muy acertada. Desde un punto de vista histórico lograr la coordinación entre las parcelas catastrales y las fincas registrales es un objetivo perseguido por diversas normas a lo largo de los años. El eje central del estudio es la reciente Ley 13/2015 de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que entró en vigor el 1 de noviembre de 2015. Esta Ley supone la culminación de esa evolución legislativa, y proclama en la Exposición de Motivos como uno de los principales objetivos lograr dicha coordinación, lo cual, por otra parte, contribuiría a la correcta definición de los inmuebles a efectos registrales utilizando la cartografía catastral.

Pero esta nueva Ley además de incardinarse en la serie de normas que históricamente han tratado de conseguir esa finalidad, supone una verdadera Ley de Jurisdicción Voluntaria registral, ya que conlleva la desjudicialización de todos los procedimientos para la coordinación del registro y la realidad, evitando en la medida de lo posible la intervención de los órganos judiciales. Así lo afirma el punto IV de la Exposición de Motivos de la Ley y, de hecho, en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria no se encuentran expedientes atribuidos a la competencia de los registradores de la propiedad.

La actualidad e interés de esta materia es indudable, pues la entrada en vigor de la reforma legal citada es muy reciente y es de tal calado que afecta profundamente al quehacer diario de los Registros de la Propiedad: desde el modo de numerar las fincas, pasando por las circunstancias de la inscripción, el tratamiento de las representaciones gráficas de finca o los procedimientos y requisitos para operaciones tan frecuentes como la inmatriculación, los excesos de cabida, obras nuevas o modificaciones de entidades hipotecarias.

Tal y como se anticipa en el prólogo, nos encontramos ante un estudio exegético de Ley 13/2015, de 24 de junio. La estructura que nos ofrece el autor es un análisis de la reforma legislativa realizada artículo por artículo del texto legal, de modo que no hay una agrupación sistemática de las materias afectadas por dicha reforma. Dentro del estudio de cada precepto existe una subdivisión esquemática de las materias tratadas por el mismo. Todo ello presenta un aspecto positivo, como es facilitar la utilización de la obra para la práctica registral diaria, sirviendo ágilmente a la consulta de las cuestiones relevantes que se plantean respecto de cada uno de los preceptos legales. A ello se une la inserción literal de cada uno de los preceptos legales, tanto en su redacción actual como en la anterior, lo que permite la rápida comparación entre ambas.

En esta línea la obra se cierra con sendos anexos incorporando la resolución que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado conjuntamente con la Dirección General del Catastro en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria; la resolución dictada por la Dirección General del Catastro en cumplimiento del artículo 36.3 del Texto

Refundido de la Ley del Catastro inmobiliario y, finalmente, la Resolución-Circular sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la ley 13/2015, de 24 de junio.

Asimismo, la aportación práctica de la obra se completa con otro anexo en el que se expone un esquema diseñado por el autor desarrollando los pasos a seguir por los registradores –desde la presentación de un documento– para la calificación en aquellos supuestos implicados en las nuevas disposiciones legales, según se aporte o no la representación gráfica de la finca.

Centrándonos en el contenido de esta obra, debe advertirse, en primer lugar que, a consecuencia del enfoque exegético de la obra, no encontrará el lector un estudio limitado a la coordinación entre las instituciones registral y catastral, tal y como parece desprenderse del título. Considérese que tal coordinación constituye principalmente el objeto del nuevo artículo 10 de la Ley Hipotecaria, en tanto que el estudio que se hace en la obra va más allá, analizando todos los preceptos afectados por la reforma, comprendiendo, por tanto los nuevos procedimientos de coordinación del registro con la realidad e incluso la reforma de la Ley del Catastro Inmobiliario.

El autor ha pretendido que la obra permita al lector una aproximación rápida y directa a la Ley de reforma. Se pretende una visión inicial de la Ley, sin abundar en citas o disquisiciones doctrinales, y en una línea de abrir el camino a otras futuras obras que puedan profundizar en los muy diversos problemas que se pueden plantear. Asimismo se insertan algunas referencias a la evolución del proyecto legislativo, lo que facilita la comprensión del resultado final de la norma. Además, son continuas las referencias a las interpretaciones de la norma efectuadas por las correspondientes comisiones interpretativas del Colegio de Registradores y por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015.

El carácter práctico y esquemático de la obra puede observarse, por ejemplo, en el tratamiento de un asunto de enorme calado en la doctrina hipotecarista como es la extensión de la publicidad registral a los datos de hecho, en particular en lo relativo al principio de legitimación registral. En este tema, que tradicionalmente ha sido objeto de una amplia discusión doctrinal y jurisprudencial (con dos corrientes contrapuestas), el autor ha optado por centrar la visión en la situación generada por la nueva redacción legal del precepto (p. 74). De este modo considera que la extensión del principio de legitimación a la realidad física cuando hay coordinación entre Registro y Catastro, tal y como proclama el nuevo artículo 10 de la Ley Hipotecaria, puede llevar al resultado indeseado de imponer una ficción jurídica sobre lo que las cosas en realidad, físicamente, son. Por ello afirma que este principio debería operar únicamente en el ámbito jurídico cuando haya dos realidades en controversia y no cuando lo que esté en pugna sea la realidad física de una finca con la descripción gráfica que haga el Registro, si bien la situación queda paliada al admitir la presunción prueba en contrario. Concluye el autor que, en este tema, el legislador lo que pretende es preservar la coordinación lograda entre Registro y Catastro.

A mi modo de ver, esta conclusión es un tanto reduccionista sobre el objetivo de la Ley pues, en realidad la nueva previsión legal viene a paliar el hecho de que nuestro sistema registral tradicionalmente ha descuidado la cuestión fundamental que es el objeto del derecho que accede al Registro. Así, la nueva redacción del precepto eleva a categoría normativa lo que hasta ahora era cuestión sujeta a la interpretación de la jurisprudencia en función de las circunstancias del caso concreto, suponiendo un reforzamiento de la eficacia frente a terceros de los pronunciamientos registrales.

En cuanto a las circunstancias de la inscripción reguladas en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, se sistematizan los distintos apartados que componen la temática del precepto, con una especial atención, como no podía ser de otra manera, a la que constituye la gran novedad de la nueva regulación legal: la representación gráfica de la finca (p. 25). El mismo enfoque podemos encontrar en el tratamiento de los nuevos procedimientos de concordancia del Registro con la realidad (pp. 87 y ss.).

Resulta interesante cómo se tratan de anticipar soluciones a ciertas cuestiones dudosas que se pueden plantear en una práctica que todavía era desconocida al tiempo de publicarse el trabajo, aportando para ello criterios ciertos y concisos que pueden servir de apoyo a la calificación registral. No obstante, dada la celeridad con la que ha visto la luz esta obra para ser de utilidad al tiempo de la entrada en vigor de la Ley, no se han podido incluir los criterios que ha ido fijando dicha Dirección General en posteriores resoluciones resolviendo recursos contra la calificación registral, que en ocasiones el autor consigue anticipar y en otras superan sus previsiones.

Así, en un caso tan relevante como es la posibilidad de mantener las actas de notoriedad complementarias en las inmatriculaciones por título público, la solución ofrecida por el autor concuerda plenamente con el criterio sostenido por la Dirección General en diversas resoluciones, de manera que tales actas son admisibles siempre que se pronuncien sobre la antigüedad de la adquisición que se declara notoria (p. 159). Lo mismo sucede con la posición del autor en cuanto al cómputo del plazo del año cuando se trate de herencias como título previo al inmatriculador (p. 160). Por el contrario, no ocurre igual con el criterio defendido sobre la innecesaria georreferenciación de las obras nuevas declaradas por antigüedad (p. 122), pues el Centro Directivo ha sostenido la obligatoriedad de georreferenciación sin excepción.

En cuanto a los capítulos que analizan los preceptos reformados de la Ley del Catastro Inmobiliario (pp. 211 y ss), destaca una mayor concisión en su estudio que se enfoca a las cuestiones que afectan a la institución registral, en línea con la perspectiva general de la obra que es eminentemente dirigida a la práctica registral, tal y como venimos reiterando.

Los últimos capítulos se dedican a exponer las Disposiciones Adicionales, Transitoria única, Derogatoria única y Finales de la Ley 13/2015, insertando, con ocasión de la Disposición Final segunda, en un breve análisis de la Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015.

Por último la conclusión de la obra resume las novedades más destacadas de la nueva Ley de reforma, a juicio del autor, y añade una serie de consideraciones críticas de la misma, concluyendo que la coordinación entre el Registro y el Catastro no puede ser el fin último del Registro de la Propiedad, pues el objeto de éste son los derechos sobre las fincas y no la finca en sí.

En definitiva, nos encontramos ante una obra que aporta una visión aproximativa y esquemática de la Ley 13/2015, principalmente con vistas a servir de instrumento para facilitar la comprensión y aplicación de este complejo a la par que importante texto legislativo al tiempo de su entrada en vigor. La utilidad mayor se revela en la práctica registral, sirviendo de guía y siendo una oportuna luz al principio del difícil camino que se inicia con esta nueva regulación.

Jacobo FENECH RAMOS
Registrador de la Propiedad
Doctorando en la Universidad de Málaga



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

- ÁVILA ORIVE, José Luis: «Tutela judicial efectiva y procesos de reestructuración y resolución en el sistema financiero de la Unión Europea y España», en *RDBB*, núm. 143, 2016, pp. 113 ss.
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «El derecho al documento público notarial», en *RJNot*, núm. 100-101, 2017, pp. 85 ss.
- DEL POZO SIERRA, Belén: «Recurso de amparo frente a decisiones del letrado de la administración de justicia no sujetas a control jurisdiccional», en *DPC*, núm. 30, 2016, pp. 177 ss.
- DURBÁN MARTÍN, Ignacio: «Derecho privado y competencias autonómicas sobre consumo y comercio interior en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *DPC*, núm. 30, 2016, pp. 257 ss.
- GARCÍA CANTERO: «Otro Código Europeo bicentenario (ABGB)», en *RJNot*, núm. 100-101, 2017, pp. 535 ss.
- LINAGE CONDE, José Antonio: «Rafael Núñez Lagos y el Notariado», en *RJNot*, núm. 100-101, 2017, pp. 27 ss.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «Métodos de resolución de conflictos en la sociedad de la información: repercusión de la autorregulación», en *RJNot*, núm. 99, 2016, pp. 479 ss.

- NIETO CAROL, Ubaldo: «El documento fehaciente de liquidación», en *RJNot*, núm. 100-101, 2017, pp. 117 ss.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La jurisdicción voluntaria y las leyes civiles autonómicas», en *DPC*, núm. 30, 2016, pp. 128 ss.
- PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, Juan Ignacio: «Los requisitos de la costumbre entendida como fuente del Derecho», en *AC*, núm. 3, 2017, pp. 30 ss.
- RIPOLL JAÉN, Antonio: «Procedimiento notarial de jurisdicción voluntaria: los testigos», en *RJNot*, núm. 99, 2016, pp. 551 ss.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y MORALES MARTÍNEZ, Sergi: «Verdad y veracidad: el derecho naturalizado», en *Indret*, núm. 2017/2.
- SOSA WAGNER, Francisco: «Aproximación al contenido jurídico y político del Quijote», en *RDBB*, núm. 4, 2016, pp. 1 ss.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «La crisi de l'estat social i la jurisprudència constitucional», en *RJC*, núm. 3, 2016, pp. 591 ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ALARCÓN SEVILLA, Verónica y ANDREU MARTÍNEZ, Belén: «La vulnerabilidad de los datos de salud en tecnología móvil», en *RDNT*, núm. 42, 2016, pp. 135 ss.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «La transformación de una sociedad mercantil en sociedad civil. Comentario de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de abril de 2016», en *RDM*, núm. 301, 2016, pp. 429 ss.
- ANGULO GARZARO, Amaya y ANGULO GARZARO, Noemí: «Límites a la utilización de las redes sociales como medio de expresión: la lesión al honor o la imagen y el despido como consecuencias indeseables», en *RDNT*, núm. 43, 2017, pp. 101 ss.
- ARPIO SANTACRUZ, Juan L.: «El régimen de la sociedad sin personalidad jurídica y su relación con el de la comunidad de bienes», en *ACM*, núm. 1, 2017, pp. ss.
- AZPIROZ VILLAR, José Eugenio: «El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias: (La mercantilización y cosificación de la vida humana)», en *AC*, núm. 2, 2017, pp. 72 ss.
- BARBERÁN PELEGRÍN, Francisco: «La Ley japonesa 48/2013, de 19 de junio, para la implementación en el ámbito interno del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores», en *Indret*, núm. 2017/2.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «La extracción de órganos de donantes vivos en la nueva ley de jurisdicción voluntaria», en *DPC*, núm. 30, 2016, pp. 221 ss.

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La «revitalización» de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (y II)», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3363 ss.
- «La identidad personal. El nombre y los apellidos. El interés superior del menor», en *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 937 ss.
- BRUFAO CUIEL, Pedro: «Análisis de la supervisión por el Banco de España de las Cajas de Ahorros y las fundaciones bancarias», en *RDBB*, núm. 144, 2016, pp. 157 ss.
- CASTELLÓ PASTOR, José Juan: «WI-Fi abiertas e infracciones de derechos de autor: (Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2016)», en *RDM*, núm. 302, 2016, pp. 457 ss.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 345 ss.
- «El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial», en *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 921 ss.
- DEL POZO SIERRA, Belén: «Recurso de amparo frente a decisiones del letrado de la administración de justicia no sujetas a control jurisdiccional», en *DPC*, núm. 30, 2016, pp. 177 ss.
- DEL REY BARBA, Sebastián: «¿Es posible el arbitraje hipotecario», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3177 ss.
- DI PIZZO CHIACCHIO, Adrian: «Efectos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la doctrina sentada en el caso "Google Spain": la interpretación de la responsabilidad de los gestores de motores de búsqueda en la implementación del derecho al olvido digital», en *RJC*, núm. 4, 2016, pp. 939 ss.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «La intervención de la entidad pública en el régimen de las relaciones del menor desamparado con su núcleo afectivo de origen (análisis del artículo 161 del código civil tras la ley 26/2015, de 28 de julio, desde la perspectiva constitucional)», en *DPC*, núm. 30, 2016, pp. 11 ss.
- DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «La transmisión "mortis causa e inter vivos" de la cualidad del socio en la sociedad civil», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3063 ss.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo: «El régimen jurídico de las invenciones realizadas en el marco de una relación de empleo o de servicios», en *RDM*, núm. 301, 2016, pp. 175 ss.
- FERRER, Mercedes: «El daño moral de autor y la llamada regalía hipotética: Reflexiones al hilo del caso Liffers», en *Indret*, núm. 2017/2.
- GARCÍA ALGUACIL, María José: «Nuevas cautelas en el ámbito de protección de los derechos del menor tras las leyes de 2015», en *RDP*, núm. 11-12, 2016, pp. 3 ss.

- GARCÍA PÉREZ, Rosa: «La protección de datos de carácter personal del consumidor en el mercado único digital», en *RDM*, núm. 301, 2016, pp. 199 ss.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «Sobre la ineficacia de actos realizados por el guardador de hecho. Comentario a la STS 17 marzo 2016 (RJ 2016, 845)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 135 ss.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena: «La transposición jurídica de los criterios de buen gobierno relativos a la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas a los patronatos de las fundaciones de sociedad», en *RDM*, núm. 301, 2016, pp. 253 ss.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián: «Honor e intimidad en programas del corazón. Comentario a STS de 4 de febrero de 2016 (RJ 2016, 225)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 227 ss.
- «Protección jurídica de los cantautores. Comentario a la STS de 12 julio 2016 (RJ 2016, 3202)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 369 ss.
- MARTÍN BRICEÑO, María del Rosario: «La capacidad contractual del menor no emancipado tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (1)», en *AC*, núm. 3, 2017, pp. 4 ss.
- MARTÍNEZ-ROJAS, Ángela: «Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea», en *RDNT*, núm. 42, 2016, pp. 59 ss.
- MEMBRANO, Cristina: «Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica del fútbol profesional a la luz del régimen de protección a la infancia y a la adolescencia», en *AC*, núm. 1, 2017, pp. 58 ss.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Tratamiento de datos de carácter personal en Internet. Blogs alojados en espacio de almacenamiento de Google. Concepto de responsable. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1525)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 345 ss.
- MORENO MARÍN, María Dolores: «La incidencia de las nuevas tecnologías en los derechos de la persona», en *RJNot*, núm. 99, 2016, pp. 11 ss.
- NAVARRO MICHEL, Mónica: «Verdad biológica e interés del menor. Falta de legitimación de la madre para el ejercicio de las acciones de filiación en nombre de la menor, por conflicto de intereses. Comentario a la STS de 30 junio 2016 (RJ 2016, 2859)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 345 ss.
- NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar: «El uso informativo de la imagen: Imágenes inocuas, hechos «noticiales» o de cuán relevante ha de ser la imagen en cuanto información gráfica», en *Indret*, núm. 2017/1.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio», en *ACM*, núm. 9, 2016, pp. 43 ss.
- QUESADA PÁEZ, Abigail: «La dación en pago frente al mecanismo de segunda oportunidad», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3193 ss.

- ROCA I TRIAS, Encarna: «Registro de la propiedad y protección de datos», en *RJC*, núm. 2, 2016, pp. 301 ss.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?», en *ACM*, núm. 11, 2016, pp. 29 ss.
- «Los derechos fundamentales a la intimidad, honor y protección de datos en la era digital: mecanismos jurídicos de protección, carencias y retos del legislador. De las leyes de 1982 (LOPHII) y de 1999 (LOPD) al Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016», en *RDP*, núm. 11-12, 2016, pp. 77 ss.
- SANTOS, Miguel Ángel: «La Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas de Cataluña», en *RDM*, núm. 303, 2017, pp. 103 ss.
- SANTOS MARTÍNEZ, Alberto: «El nomenament de defensor judicial: competència i especificitats del dret civil català», en *Indret*, núm. 2017/2.
- TATO PLAZA, Anxo: «La protección de las creaciones publicitarias», en *Indret*, núm. 2017/1.
- TOBÍO RIVAS, Ana María: «Las obras huérfanas», en *RDM*, núm. 303, 2017, pp. 35 ss.
- VIEIRA MORANTE, Francisco Javier: «Jurisdicción voluntaria y personas con discapacidad», en *DPC*, núm. 30, 2016, pp. 371 ss.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita: «Informe anual de gobierno corporativo en fundaciones bancarias (Orden ECC/2575/2015, de 30 de noviembre de 2015)», en *RDBB*, núm. 144, 2016, pp. 109 ss.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Protección *post mortem* del derecho de imagen de Salvador Dalí. Comentario a la STS de 20 junio 2016 (RJ 2016, 2537)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 315 ss.
- VON WICHMANN ROVIRA, Gerardo: «Sociedades civiles y mercantiles: distinción por su causa jurídica», en *RJNot*, núm. 99, 2016, pp. 99 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ADÁN DOMÈNECH, Frederic: «Las cláusulas suelo: ¿discrepancia jurisprudencial entre TS y TJUE por la devolución íntegra de las cantidades pagadas por el consumidor?», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3532 ss.
- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «El Tribunal Supremo extiende el criterio de abusividad de los intereses moratorios en préstamos sin garantías a los préstamos hipotecarios. Comentario a la STS (Pleno) núm. 364/2016, de 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 2300)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 619 ss.
- «Efectos y Alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al Iajd y los gastos de tasación», en *ACM*, núm. 2, 2017, pp. 89 ss.

- AGUILAR LOBATO, Sergio: «Fiscalización de los deberes de información durante la fase precontractual y contractual en las cláusulas suelo contenidas en préstamos con garantía hipotecaria. La aplicación del test de transparencia al cliente bancario no consumidor a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 544 ss.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «¿Y ahora qué?», en *Indret*, núm. 2017/1.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Lugar y tiempo del cumplimiento de las obligaciones en la armonización del Derecho Europeo de Contratos», en *Indret*, núm. 2017/1.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Actual configuración de las cláusulas de subrogación en el préstamo hipotecario. Comentario a la STS de 30 de diciembre 2015 (RJ 2015, 5874)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 159 ss.
- ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar: «Desafíos legales ante la circulación de los coches autónomos: implicaciones éticas, responsabilidad por accidente y ciberseguridad», en *ACM*, núm. 2, 2017, pp. 129 ss.
- ÁLVAREZ PEDROSA, Luis Manuel: «Equidad y prudente arbitrio en la compensación por daño moral causado por bienes o servicios defectuosos», en *PDD*, núm. 128, 2016.
- ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa: «Las prótesis mamarias en el ámbito de la cirugía estética como producto defectuoso. Criterios judiciales», en *PDD*, núm. 129, 2016.
- ARGELICH COMELLES, Cristina: «La naturaleza ganancial o privativa de arrendamiento de la vivienda familiar», en *RDBB*, núm. 4, 2016, pp. 125 ss.
- ARRIETA SEVILLA, Luis Javier: «Ordenación territorial y seguridad jurídica en la contratación inmobiliaria», en *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 605 ss.
- AZPIROZ VILLAR, José Eugenio: «El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias: (La mercantilización y cosificación de la vida humana)», en *AC*, núm. 2, 2017, pp. 72 ss.
- BASTANTE GRANELL, Víctor: «La cláusula de afianzamiento en préstamos hipotecarios: su abusividad a debate», en *ACM*, núm. 3, 2017, pp. 55 ss.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra: «Contratos bancarios complejos», en *AC*, núm. 9, 2016, pp. 30 ss.
- «Sobre protección de los consumidores», en *AC*, núm. 3, 2017, pp. 62 ss.
- «De nuevo el TJUE nos marca la pauta a seguir», en *PDD*, núm. 130, 2017.
- BOTELLO HERMOSA, Pedro: «Tipo de responsabilidad y posibles responsables de los daños causados por la construcción a inmuebles próximos», en *AC*, núm. 3, 2017, pp. 22 ss.
- «La desaparición del saneamiento por evicción en la propuesta de modificación del Código Civil en materia de compraventa elaborada por la Comisión General de Codificación», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 448 ss.

- BUSTO LAGO, José Manuel: «Aplicación del régimen jurídico de las cantidades anticipadas a cuenta del precio de vivienda de construcción futura a la promoción en régimen de cooperativa. Responsabilidad exclusiva de la entidad gestora frente a la cooperativista y desvinculación de ésta de la cooperativa de conformidad con las previsiones estatutarias. Comentario a la STS de 12 julio 2016 (RJ 2016, 3562)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 385 ss.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», en *Indret*, núm. 2017/1.
- CAÑIZARES LASO, Ana: «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016», en *RDBB*, núm. 4, 2016, pp. 103 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Negocio fiduciario y fiducia *cum amico*. Inexistencia e ilicitud de la causa. Sobre la aplicación del art. 1306 CCIV. Comentario a la STS, Sala 1.^a, de 30 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2307)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 563 ss.
- CASADO CASADO, Belén: «Función notarial y cláusulas abusivas en la venta extrajudicial del bien», en *RdPat*, núm. 42, 2017, pp. 147 ss.
- CASASAYAS RAMIS, Martis: «El inicio del cómputo del plazo de nulidad del artículo 1301 del código civil en los contratos de tracto sucesivo no complejos», en *RDBB*, núm. 1, 2017, pp. 125 ss.
- CASTELLÓ PASTOR, José Juan: «La responsabilidad indirecta de los prestadores de servicios de la sociedad de la información e intermediarios a la luz del artículo 138.II de la Ley de Propiedad Intelectual», en *RdPat*, núm. 41, 2016, pp. 175 ss.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «El error en el consentimiento del inversor minorista por falta de información como causa de anulación de los contratos de inversión e instrumentos financieros complejos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016 (RJ 2016, 1514)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 311 ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Titulización de créditos garantizados con hipoteca y ejecución hipotecaria: De nuevo sobre la subsanación de la titularidad registral en los procedimientos ejecutivos sobre bienes hipotecados», en *AC*, núm. 9, 2016, pp. 68 ss.
- «El artículo 708 de la LEC y la necesidad del otorgamiento de escritura pública en las compraventas inmobiliarias», en *AC*, núm. 11, 2016, pp. 58 ss.
- CONDE FUENTES, Jesús: «El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo», en *RDBB*, núm. 1, 2017, pp. 219 ss.
- CRUZ RIVERO, Diego: «La contratación a distancia de préstamos bancarios por personas físicas», en *RDBB*, núm. 142, 2016, pp. 13 ss.

- DEL REY BARBA, Sebastián: «¿Es posible el arbitraje hipotecario», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3177 ss.
- DI PIZZO CHIACCHIO, Adrian: «Efectos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la doctrina sentada en el caso "Google Spain": la interpretación de la responsabilidad de los gestores de motores de búsqueda en la implementación del derecho al olvido digital», en *RJC*, núm. 4, 2016, pp. 939 ss.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «Efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras y su inscripción registral en la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria», en *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 765 ss.
- DÍAZ REVORIO, Enrique: «La consignación como forma de extinción de obligaciones civiles: Tras la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria», en *AC*, núm. 10, 2016, pp. 36 ss.
- DÍAZ ROMERO, María del Rosario: «La responsabilidad civil medioambiental desde la perspectiva del Derecho privado. Defensa del derecho de propiedad y medio ambiente privado», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 467 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Enajenación de bienes gananciales realizada por el incapacitado y su cónyuge tutor sin autorización judicial. Anulabilidad: plazo para su ejercicio y legitimación. Protección del tercero que adquiere el bien en un procedimiento de ejecución hipotecaria. Comentario a la STS de 20 de abril 2016 (RJ 2016, 1687)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 181 ss.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «Responsabilidad civil del titular de aprovechamiento cinegético en accidentes por atropellos de especies cinegéticas. No son accidentes de caza, son accidentes de circulación. Prevalencia de la legislación estatal de tráfico en la determinación del régimen de responsabilidad sobre la legislación de caza autonómica. Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 11 febrero 2016 (RJ 2016, 247)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 37 ss.
- DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «La transmisión "mortis causa e inter vivos" de la cualidad del socio en la sociedad civil», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3063 ss.
- «La imposición a plazo fijo», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 145 ss.
- ELIZARRI URTASUN, Leyre: «Principales consideraciones sobre el depósito en garantía (ley 474 del Fuero Nuevo)», en *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 657 ss.
- «El contrato de escrow: configuración en origen y recepción en el Derecho español», en *RDBB*, núm. 4, 2016, pp. 35 ss.
- ESPÍN ALBA, Isabel: «Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3461 ss.
- FARINÓS, Jesús Mari: «A propósito de la responsabilidad civil por daños de carácter ecológico: *Quien contamina paga*», en *AC*, núm. 2, 2017, pp. 106 ss.

- FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio: «Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria notarial. Comentario a la STS de 14 julio 2016 (RJ 2016, 3399)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 431 ss.
- FLAQUER RIUTORT, Juan: «Cancelación de vuelo por no utilización del trayecto de ida: una práctica ilegal pero reiterada en el tráfico», en *RdPat*, núm. 42, 2017, pp. 215 ss.
- GÁLVEZ CRIADO, Antonio: «Los terceros garantes en los préstamos hipotecarios con consumidores: deberes de información y de evaluación de la solvencia», en *RDBB*, núm. 144, 2016, pp. 15 ss.
- GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «Nulidad del contrato por concurrencia de error obstativo. STS de 2 de febrero de 2016 (RJ 2016, 214)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 209 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Privilegio general del acreedor instante en caso de pluralidad de acreedores. Cómputo y distribución. STS de 21 diciembre 2015 (RJ 2015, 5566)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 189 ss.
- GARCÍA VILA, José Antonio: «Los límites al control de legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas. Comentario crítico a las Resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 2016», en *RDBB*, núm. 1, 2017, pp. 183 ss.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «Préstamo bancario de dinero y tipos de interés negativos», en *RDBB*, núm. 143, 2016, pp. 79 ss.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: «Híbridos de capital-deuda subordinada, prestación bancaria de servicios de inversión y vicios del consentimiento: De nuevo sobre la libertad contractual y el consentimiento informado, en la adquisición de productos financieros complejos: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 1 de diciembre de 2016», en *RDM*, núm. 304, 2017, pp. 3994 ss.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: «Bases para una revisión del régimen de los depósitos bancarios de efectivo», en *RDBB*, núm. 143, 2016, pp. 13 ss.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «Medidas de cesación contra el operador de una red local inalámbrica en caso de infracciones de derechos de terceros cometidas desde dicha red. Comentario a la STJUE, Sala 3.ª, de 15 septiembre 2016 (Asunto C-484/14), (TJCE 2016, 255)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 499 ss.
- GIL MEMBRANO, Cristina: «Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica del fútbol profesional a la luz del régimen de protección a la infancia y a la adolescencia», en *AC*, núm. 1, 2017, pp. 58 ss.
- GILI SALDAÑA, M.ª Angels: «Compraventa de empresa: ¿cesión de crédito o cesión de contrato? Sentencia de 4 febrero de 2016 (RJ 2016, 890)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 257 ss.

- GÓMEZ VALENZUELA, Esperanza: «La contratación electrónica de consumo en el espacio intracomunitario», en *RDNT*, núm. 42, 2016, pp. 157 ss.
- GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, Lourdes: «Reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, a raíz de la Ley 35/2015 de 22 de septiembre», en *AC*, núm. 2, 2017, pp. 82 ss.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: «Falta de consentimiento informado y riesgos materializados. Comentario a la STS 8 abril de 2016 (RJ 2016, 1328)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 457 ss.
- GUICHOT REINA, Emilio: «La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad», en *REDE*, núm. 60, 2016, pp. 49 ss.
- GUILLÉN CATALÁN, Raquel: «La articulación del principio de conservación de actos y negocios jurídicos en la contratación electrónica», en *RDNT*, núm. 42, 2016, pp. 83 ss.
- HEREDIA CERVANTES, Iván: «Ley aplicable a los contratos internacionales de crédito al consumo», en *RDM*, núm. 302, 2016, pp. 113 ss.
- HERRADA BAZÁN, Víctor: «Incumplimiento y resolución contractual (con particular referencia al retraso y a las cláusulas resolutorias)», en *RDBB*, núm. 1, 2017, pp. 31 ss.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles», en *Indret*, núm. 2017/1.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario. Análisis de las reformas operadas por la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3483 ss.
- JORQUI AZOFRA, María: «El deber de declaración del riesgo en los seguros de personas: especial consideración a los datos derivados de pruebas genéticas predictivas», en *ACM*, núm. 2, 2017, pp. 29 ss.
- JUAN GÓMEZ, Mateo: «Permuta financiera y contratos bancarios complejos. Una radiografía del marco doctrinal actual», en *AC*, núm. 9, 2016, pp. 4 ss.
- «Cláusulas suelo: crónica de una inseguridad jurídica», en *AC*, núm. 2, 2017, pp. 12 ss.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P.: «La responsabilidad postcontractual (un caso de ultraactividad del contrato)», en *RGLJ*, núm. 4, 2016, pp. 621 ss.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Indemnización extratabular del daño moral, la sentencia del Costa Concordia», en *PDD*, núm. 128, 2016.
- «Daño continuado y talidomida», en *PDD*, núm. 129, 2016.
- «La nulidad ya es nulidad», en *PDD*, núm. 130, 2017.
- «El daño lícito», en *PDD*, núm. 131, 2017.

- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Cristina Victoria: «La valoración del daño corporal por causa de muerte, en los accidentes de tráfico, según la Ley 35/2015, de 22 de septiembre», en *AC*, núm. 11, 2016, pp. 4 ss.
- «Nuevos complementos para valorar el daño corporal, por causa de muerte, en los accidentes de tráfico», en *PDD*, núm. 128, 2016.
- MACANÁS VICENTE, Gabriel: «Término esencial, pactado o no, para la entrega de vivienda vendida y resolución del contrato. STS de 7 abril 2016 (JUR 2016, 75817)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 417 ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La responsabilidad civil por daños consecuenciales en el seguro de daños», en *PDD*, núm. 131, 2017.
- MALGAREJO VARGAS, Atenea: «La distribución de los riesgos “inter partes” en la colaboración público-privada y su incidencia práctica internacional. Análisis comparativo de riesgos del contrato de obra en el Código Civil y el contrato de colaboración público-privada», en *RdPat*, núm. 42, 2017, pp. 231 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Algunas cuestiones sobre el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo: voluntariedad del sometimiento al mecanismo extrajudicial, carácter vinculante de la solución alcanzada y estatuto de la persona encargada de la decisión del conflicto», en *ACM*, núm. 8, 2016, pp. 30 ss.
- MARÍN NARROS, Héctor Daniel: «Criterio sobre el cómputo de la caducidad de la acción de vicio en el consentimiento recaído sobre productos bancarios o de inversión establecido en las SSTS de 12 de enero de 2015, de 7 de julio de 2015, de 16 de septiembre de 2015, así como en el resto de jurisprudencia dictada», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3439 ss.
- MARTÍN BRICEÑO, María del Rosario: «La capacidad contractual del menor no emancipado tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (1)», en *AC*, núm. 3, 2017, pp. 4 ss.
- MILÀ RAFEL, Rosa: «El artículo 251-6.4 del Código de Consumo de Cataluña sobre límites a los intereses de demora y a cláusulas suelo en préstamos hipotecarios. Problemas de legalidad y de solapamiento con la legislación estatal. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de octubre de 2015 (RJ 2015, 6565)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 55 ss.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Tratamiento de datos de carácter personal en Internet. Blogs alojados en espacio de almacenamiento de Google. Concepto de responsable. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1525)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 345 ss.
- «Alquiler y venta de programas de ordenador. Comentario a la STS de 1 junio 2016 (RJ 2016, 2328)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 253 ss.
- MIRAMÓN DURÁ, Rafael y MARTÍN PASTOR, José: «La anulación por vicios del consentimiento de los contratos de suscripción derivados de la OPS de Bankia de 2011», en *RDBB*, núm. 142, 2016, pp. 211 ss.

- MIRANDA SERRANO, Luis María: «A favor de una regulación unitaria de la teoría general del derecho español de obligaciones y contratos: reflexiones de un mercantilista», en *RDP*, núm. 1-2, 2017, pp. 47 ss.
- MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa: «El pago del préstamo hipotecario tras el divorcio», en *Indret*, núm. 2017/1.
- O'CALLAGHAN, Xavier: «Préstamo hipotecario destinado a la adquisición de una vivienda y ampliado después para otros usos. Nulidad por abusiva de la cláusula que fija los intereses de demora: Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 364/2016 de 3 Jun. 2016, Rec. 2499/2014», en *AC*, núm. 10, 2016, pp. 98 ss.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «El derecho a compensación por retraso en la normativa europea de transporte aéreo de pasajeros», en *Indret*, núm. 2017/2.
- «Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del Derecho español con la Directiva de cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)», en *RDBB*, núm. 1, 2017, pp. 163 ss.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Seguro de asistencia sanitaria. Responsabilidad solidaria del asegurador y del facultativo por cuya negligencia se produjo el daño. Alcance y naturaleza del derecho del asegurador a repetir frente al facultativo. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 13 de abril 2016 (RJ 2016, 1492)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 515 ss.
- PÉREZ-CABALLERO ABAD, Pedro: «La indemnidad del promotor inmobiliario en la vía de regreso. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 28 de noviembre de 2016», en *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 1030 ss.
- PERTÍÑEZ VICHEZ, Francisco: «Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016 que declara contraria a derecho comunitario la doctrina jurisprudencial sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo», en *Indret*, núm. 2017/1.
- PLANA ARNALDOS, María Carmen: «Cláusula resolutoria pactada para el caso de retraso en la obligación de entrega en contrato de compraventa de inmueble futuro. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2217)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 531 ss.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «Mediación y responsabilidad civil», en *RdPat*, núm. 42, 2017, pp. 77 ss.
- PORTILLO PAVLOVIC, Tatiana y DE PAZ, Silvia: «Aspectos más significativos del Reglamento (UE) no 655/2014, de 15 de mayo de 2014, relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en material civil y mercantil», en *AC*, núm. 2, 2017, pp. 44 ss.
- PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica: «El derecho de desistimiento, gradual generalización y paulatina homogeneización en la protección de los consumidores», en *RDP*, núm. 11-12, 2016, pp. 127 ss.

- REDONDO TRIGO, Francisco: «*Fiducia cum amico*, compraventa de acciones e inaplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 30501 ss.
- «Autocontrato (conflictos de intereses) y las facultades representativas de los administradores», en *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 1065 ss.
- REYES LÓPEZ, María José: «La repercusión de la Jurisprudencia del TJUE en el derecho de consumo», en *RJNot*, núm. 99, 2016, pp. 67 ss.
- RIVERA RESTREPO, José Maximiliano: «La gravedad del incumplimiento como requisito del derecho de opción del acreedor. Tendencias modernas», en *RJUAM*, núm. 34, 2016, pp. 267 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Panorámica del daño moral en el Derecho español», en *RGLJ*, núm. 4, 2016, pp. 671 ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «Consecuencias jurídicas derivadas en el contrato de gestión de cartera de inversión por el incumplimiento de las exigencias de documentación contractual que establece la norma», en *RDBB*, núm. 142, 2016, pp. 261 ss.
- RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael: «La doctrina del fin de protección del contrato como vía de delimitación del daño indemnizable en Derecho alemán y español. Un análisis comparado», en *RJUAM*, núm. 34, 2016, pp. 409 ss.
- RUIZ OJEDA, Alberto Luis: «*Caveat venditor*, o el volteo regulatorio de la asignación de riesgos en las transacciones financieras por la normativa MiFID», en *Indret*, núm. 2017/2.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «La buena fe contractual como límite a las cláusulas suelo en contratos de préstamo a empresarios», en *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 1011 ss.
- «Cláusulas suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs. buena fe», en *RDBB*, núm. 4, 2016, pp. 69 ss.
- SÁNCHEZ DE CAPUCHINO, Ángela: «Responsabilidad médica. Exigencias del consentimiento informado en la medicina voluntaria. Consentimiento defectuoso. Casuística. Dolo desproporcionado», en *PDD*, núm. 131, 2017.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «Reclamación de reembolso de cantidades satisfechas por la madre para el mantenimiento y atención del hijo menor desde su nacimiento: Comentario a la SSTS (Sala de lo Civil, Pleno) números 573/2016 y 574/2016, de 29 y 30 de septiembre (RJ 2016, 4457 y RJ 2016, 4844)», en *RdPat*, núm. 42, 2017, pp. 329 ss.
- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «La transmisión del riesgo al comprador consumidor en las compraventas con transporte de mercancías: art. 66 ter TRLGDCU», en *RDBB*, núm. 1, 2017, pp. 1 ss.
- SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa: «Los efectos de la resolución del contrato de compraventa en el concurso de acreedores (a propósito de la STS de 19 de julio de 2016)», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 491 ss.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes: «La publicidad de medicamentos engañosa», en *RdPat*, núm. 41, 2016, pp. 77 ss.

- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular», en *ACM*, núm. 8, 2016, pp. 59 ss.
- «Intereses abusivos y concepto de consumidor/a. STS (Pleno) núm. 364/2016, de 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 2300)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 579 ss.
- «El control de transparencia de la cláusula suelo en la contratación hipotecaria es inaplicable a los empresarios/as o profesionales por no ser consumidores/as. Comentario a la STS, Pleno (Quinta), de 3 junio 2016 (RJ 2016, 2306)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 281 ss.
- SILVA-RUIZ, Pedro F.: «La cláusula penal (en derecho puertorriqueño)», en *RDP*, núm. 1-2, 2017, pp. 103 ss.
- SUÁREZ PUGA, Ernesto: «¿Qué efectos produce la nulidad de una cláusula suelo por su falta de transparencia en una operación de financiación hipotecaria? Reflexiones a la luz de las conclusiones del Abogado General de la UE», en *AC*, núm. 9, 2016, pp. 20 ss.
- TORAL LARA, Estrella: «El consentimiento de los cofiadores en la confianza solidaria. Comentario a la STS de 13 de abril de 2016 (RJ 2016, 1677)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 157 ss.
- VARAS, Leticia: «Protección de los consumidores», en *AC*, núm. 10, 2016, pp. 16 ss.
- VASQUES-TERREIRO VEGA, Francisco: «Únete a la rebelión contra el baremo de tráfico (Rogue one)», en *PDD*, núm. 129, 2016.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «La protección registral del tercero hipotecario en el ámbito penal», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3388 ss.
- VERGER VUART, Joana María: «El error en el diagnóstico de tumores», en *PDD*, núm. 130, 2017.
- VICENTE CHULIÀ, Francesc: «El contrato de cuentas en participación no es un contrato de sociedad», en *RdPat*, núm. 41, 2016, pp. 31 ss.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo», en *Indret*, núm. 2017/2.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- AGUILAR LOBATO, Sergio: «Fiscalización de los deberes de información durante la fase precontractual y contractual en las cláusulas suelo contenidas en préstamos con garantía hipotecaria. La aplicación del test de transparencia al cliente bancario no consumidor a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 544 ss.

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Impugnación de acuerdo en régimen de propiedad horizontal por el que se deniega la autorización para llevar a cabo obras en local comercial que afectan a la estructura del edificio. STS 7 de abril de 2016 (RJ 2016, 1231)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 395 ss.
- ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios: «El derecho de superficie. Análisis de algunos de sus problemas jurídicos», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 404 ss.
- ARPIO SANTACRUZ, Juan L.: «El régimen de la sociedad sin personalidad jurídica y su relación con el de la comunidad de bienes», en *ACM*, núm. 1, 2017, pp. ss.
- BARBERÁN PELEGRÍN, Francisco: «Análisis de las regulaciones japonesas sobre el Registro de la Propiedad inmobiliaria, propiedad horizontal, arrendamientos urbanos y responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual desde la perspectiva del derecho español», en *RJNot*, núm. 100-101, 2017, pp. 597 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los presupuestos generales del Estado: conformidad con el artículo 5.2. B de la Directiva 2001/29CE. Comentario a la STJUE, Sala 4.^a, de 9 de junio de 2016», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 643 ss.
- «Sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los presupuestos generales del Estado: anulación del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre. Comentario a la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 noviembre 2016 (JUR 2016, 245721)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 537 ss.
- BOLÁS ALFONSO, Juan: «Escritura notarial e inscripción registral», en *RJNot*, núm. 100-101, 2017, pp. 69 ss.
- BORRALLO FERNÁNDEZ, Cristina: «La problemática de las hipotecas multidivisa: novedades jurisprudenciales», en *AC*, núm. 10, 2016, pp. 45 ss.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «La propietat temporal i la propietat compartida en el Codi Civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 2, 2016, pp. 343 ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Inscripción en el Registro de la Propiedad de transferencias de aprovechamiento urbanístico, autorización administrativa y determinación del aprovechamiento en las fincas de origen y destino. RDGRN 13 abril 2016 (RJ 2017, 3957)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 489 ss.
- CASTELLÓ PASTOR, José Juan: «Wi-Fi abiertas e infracciones de derechos de autor: (Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2016)», en *RDM*, núm. 302, 2016, pp. 457 ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Titulización de créditos garantizados con hipoteca y ejecución hipotecaria: De nuevo sobre la subsanación de la titularidad registral en los procedimientos ejecutivos sobre bienes hipotecados», en *AC*, núm. 9, 2016, pp. 68 ss.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «¿Cabe la usucapión de servidumbres forzosas?», en *RdPat*, núm. 42, 2017, pp. 181 ss.

- DE LA TORRE OLID, Francisco: «Tratamiento del «Ius Retentionis». A favor de un mayor contenido y alcance, desde el régimen constitucional de los bienes de rendimiento económico», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 47 ss.
- DE LA VEGA MERINO, Diego: El derecho europeo y la libre circulación de contenidos audiovisuales en línea: Hacia un mercado digital sin barreras geográficas», en *AC*, núm. 1, 2017, pp. 88 ss.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «La ejecución de la hipoteca constituida a «non domino». La tercería de dominio y el procedimiento declarativo», en *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 703 ss.
- «La hipoteca no inscrita y su valor jurídico: Comentario a la Sentencia núm. 368/2016 de 3 junio (RJ 2016, 2320)», en *RdPat*, núm. 42, 2017, pp. 287 ss.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo: «El régimen jurídico de las invenciones realizadas en el marco de una relación de empleo o de servicios», en *RDM*, núm. 301, 2016, pp. 175 ss.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio: «Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria notarial. Comentario a la STS de 14 julio 2016 (RJ 2016, 3399)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 431 ss.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana: «La Sentencia AZIZ (TJUE C-415/11) y sus implicaciones para el régimen español de ejecución hipotecaria», en *RJNot*, núm. 100-101, 2017, pp. 493 ss.
- FERRER, Mercedes: «El daño moral de autor y la llamada regalía hipotética.: Reflexiones al hilo del caso Liffers», en *Indret*, núm. 2017/2.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La inmatriculación en virtud del título público tras la reforma de la Ley 13/2015: análisis crítico», en *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 976 ss.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario. Análisis de las reformas operadas por la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3483 ss.
- «El acuerdo extrajudicial de pagos, tras la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, y el crédito hipotecario», en *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 1043 ss.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «La constancia registral del cambio de uso de una edificación o de parte de ella», en *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 1081 ss.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «La promoción de los sitios «web» en los buscadores: eventuales problemas que se suscitan en materia de propiedad intelectual», en *CDC*, núm. 66, 2016, pp. 75 ss.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián: «Honor e intimidad en programas del corazón. Comentario a STS de 4 de febrero de 2016 (RJ 2016, 225)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 227 ss.
- «Protección jurídica de los cantautores. Comentario a la STS de 12 julio 2016 (RJ 2016, 3202)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 369 ss.

- MARTÍN BRICEÑO, María del Rosario: «La capacidad contractual del menor no emancipado tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (1)», en *AC*, núm. 3, 2017, pp. 4 ss.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Alquiler y venta de programas de ordenador. Comentario a la STS de 1 junio 2016 (RJ 2016, 2328)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 253 ss.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «No inscripción en un registro español de una escritura de herencia por aplicación del orden público internacional del foro.: Comentario de la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado núm. 8569/2016, de 20 de julio (RJ 2016, 4595)», en *RdPat*, núm. 42, 2017, pp. 355 ss.
- NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar: «El uso informativo de la imagen: Imágenes inocuas, hechos "noticiables" o de cuán relevante ha de ser la imagen en cuanto información gráfica», en *Indret*, núm. 2017/1.
- O'CALLAGHAN, Xavier: «Préstamo hipotecario destinado a la adquisición de una vivienda y ampliado después para otros usos. Nulidad por abusiva de la cláusula que fija los intereses de demora: Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 364/2016 de 3 Jun. 2016, Rec. 2499/2014», en *AC*, núm. 10, 2016, pp. 98 ss.
- PÉREZ MIRALLES, José Arturo: «Atribución de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios en el régimen jurídico de la propiedad horizontal», en *AC*, núm. 1, 2017, pp. 30 ss.
- PORTERO LAMEIRO, José Domingo: «Sobre la (pretendida) inconstitucionalidad de la reforma de la LPI», en *RdPat*, núm. 41, 2016, pp. 155 ss.
- ROCA I TRIAS, Encarna: «Registro de la propiedad y protección de datos», en *RJC*, núm. 2, 2016, pp. 301 ss.
- ROMERO SIEIRA, Consuelo: «La pignoración de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero», en *RDBB*, núm. 142, 2016, pp. 137 ss.
- SÁENZ CARDENAL, María Belén: «El lugar del daño en el caso de infracción de los derechos de propiedad industrial e intelectual en Internet», en *RJUAM*, núm. 34, 2016, pp. 441 ss.
- TATO PLAZA, Anxo: «La protección de las creaciones publicitarias», en *Indret*, núm. 2017/1.
- TOBÍO RIVAS, Ana María: «Las obras huérfanas», en *RDM*, núm. 303, 2017, pp. 35 ss.
- TORRES ESCÁMEZ, Salvador: «El expediente notarial para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido (art. 208 L. H.): una oportunidad desaprovechada», en *RJNot*, núm. 100-101, 2017, pp. 515 ss.
- VALLE MUÑOZ, José Luis: «La ley de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil y su repercusión en la calificación del registrador de la propiedad», en *RJC*, núm. 3, 2016, pp. 613 ss.

- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «La protección registral del tercero hipotecario en el ámbito penal», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3388 ss.
- VIGIL FERNÁNDEZ, Carlos: «Productos y rentas en el Código Civil», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 85 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- ANGUITA RÍOS, Rosa María: «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», en *ACM*, núm. 11, 2016, pp. 81 ss.
- ARGELICH COMELLES, Cristina: «La naturaleza ganancial o privativa de arrendamiento de la vivienda familiar», en *RDBB*, núm. 4, 2016, pp. 125 ss.
- BAELO ÁLVAREZ, Manuel: «Significación e importancia de la primera modificación normativa del Código Civil en materia de adopción: Decreto de 10 de abril de 1937», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 11 ss.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio: «La promesa de matrimonio y sus consecuencias jurídicas en la actualidad», en *RDP*, núm. 3-4 2017, pp. 49 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La patrimonialización del derecho de familia. La acción de reembolso entre progenitores por los alimentos del hijo común asumido en exclusiva por uno de ellos», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 370 ss.
- «La identidad personal. El nombre y los apellidos. El interés superior del menor», en *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 937 ss.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: «Responsabilidad civil por daños entre los progenitores a causa del incumplimiento del derecho de visita», en *RDP*, núm. 3-4 2017, pp. 3 ss.
- CALZADILLA MEDINA, María Aránzazu: «Lo que la patria potestad no ampara», en *RDF*, núm. 74, 2017, pp. 25 ss.
- CAMPUZANO TORNÉ, Herminia: «La responsabilidad parental y su ejercicio en supuestos de falta de convivencia de los progenitores: regulación actual del código civil y perspectivas de futuro», en *RDP*, núm. 1-2, 2017, pp. 3 ss.
- CANTERO NÚÑEZ, Federico J.: «Pasado, presente y futuro de las uniones de hecho», en *RJNot*, núm. 99, 2016, pp. 145 ss.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «Pacto de mejora sin entrega de presente sobre bienes de naturaleza ganancial. Comentario a la RDGRN de 13 julio 2016 (RJ 2016, 4593)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 413 ss.
- CAROL ROSÉS, Fernando: «La preterición: entre la libertad para testar y los derechos fundamentales. Una revisitación del derecho foral y ordenamientos comparados», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 421 ss.

- CORVO LÓPEZ, Felisa María: «Reflexiones en torno a la impugnación de la paternidad en los casos de reconocimiento de complacencia a la vista de la jurisprudencia del TS», en *ACM*, núm. 1, 2017, pp. 29 ss.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Atribución de vivienda familiar en el supuesto de hijos mayores de edad. Uso alternativo y temporal. Comentario a la STS de 6 octubre 2016 (RJ 2016, 4586)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 525 ss.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3341 ss.
- «El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 345 ss.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «La intervención de la entidad pública en el régimen de las relaciones del menor desamparado con su núcleo afectivo de origen (análisis del artículo 161 del código civil tras la ley 26/2015, de 28 de julio, desde la perspectiva constitucional)», en *DPC*, núm. 30, 2016, pp. 11 ss.
- ELIZARRI URTASUN, Leyre: «Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad», en *DPC*, núm. 30, 2016, pp. 337 ss.
- ESPÍN ALBA, Isabel: «Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3461 ss.
- GARCÍA GOLDAR, Mónica y AMMERMAN YEBRA, Julia: «Reconocimiento de filiación en testamento y reclamación de alimentos», en *RDBB*, núm. 1, 2017, pp. 77 ss.
- GARCÍA MÁZ, Francisco Javier: «Los regímenes económicos matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas, en la Unión Europea», en *RJNot*, núm. 100-101, 2017, pp. 205 ss.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada: «Los efectos civiles del matrimonio en forma religiosa», en *AC*, núm. 11, 2016, pp. 22 ss.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia: «Informaciones secretas y abiertas en la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida», en *RDP*, núm. 3-4 2017, pp. 77 ss.
- GONZÁLEZ VICENTE, José Luis: «Consideraciones sobre la pensión compensatoria y su continuidad tras el fallecimiento del deudor: la pervivencia de la deuda y los herederos como deudores», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3418 ss.
- HERRERA, Marisa: «Filiación *post mortem* y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas», en *Indret*, núm. 2017/1.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «Los deberes conyugales en el derecho civil español», en *RDP*, núm. 3-4 2017, pp. 111 ss.

- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «La nueva dimensión de la guarda de hecho de las personas con discapacidad tras la reforma del art. 303 CC por Ley 26/2015, 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en *RDF*, núm. 73, 2016, pp. 91 ss.
- MANZANO FERÁNDEZ, María del Mar: «Los bienes privativos por confesión en el código civil y en la legislación hipotecaria», en *ACM*, núm. 10, 2016, pp. 29 ss.
- MÉNDEZ TOJO, Ramón: «El derecho a compensación económica por ruptura de la convivencia *more uxorio*. Análisis jurisprudencial», en *AC*, núm. 11, 2016, pp. 30 ss.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «No inscripción en un registro español de una escritura de herencia por aplicación del orden público internacional del foro.: Comentario de la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado núm. 8569/2016, de 20 de julio (RJ 2016, 4595)», en *RdPat*, núm. 42, 2017, pp. 355 ss.
- MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa: «El pago del préstamo hipotecario tras el divorcio», en *Indret*, núm. 2017/1.
- NAVARRO MICHEL, Mónica: «Verdad biológica e interés del menor. Falta de legitimación de la madre para el ejercicio de las acciones de filiación en nombre de la menor, por conflicto de intereses. Comentario a la STS de 30 junio 2016 (RJ 2016, 2859)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 345 ss.
- O'CALLAGHAN, Xavier: «Validez del reconocimiento de complacencia de la paternidad: Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 494/2016 de 15 Jul. 2016, Rec. 1290/2015», en *AC*, núm. 10, 2016, pp. 115 ss.
- «Improcedencia de la reclamación de alimentos con efectos retroactivos cuando se reconoce judicialmente la filiación paterna: Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 573/2016 de 29 Sep. 2016, Rec. 3326/2015», en *AC*, núm. 11, 2016, pp. 112 ss.
- OROZCO PARDO, Guillermo: «La relación entre mediación y la seguridad jurídica en el contexto de los conflictos familiares. Justicia objetiva versus justicia subjetiva», en *ACM*, núm. 10, 2016, pp. 55 ss.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «Dret comparat i dret de família en el marc europeu», en *Indret*, núm. 2017/1.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Los reconocimientos de complacencia en el derecho español», en *RJNot*, núm. 99, 2016, pp. 192 ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Interpretación jurisprudencial de las causas de extinción de la obligación legal de alimentos entre parientes», en *RDP*, núm. 11-12, 2016, pp. 43 ss.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «Reclamación de reembolso de cantidades satisfechas por la madre para el mantenimiento y atención del hijo menor desde su nacimiento: Comentario a la SSTS (Sala de lo Civil, Pleno) números 573/2016 y 574/2016, de 29 y 30 de septiembre (RJ 2016, 4457 y RJ 2016, 4844)», en *RdPat*, núm. 42, 2017, pp. 329 ss.

- TOFIÑO PADRINO, Alejandro: «La intervención judicial en los casos de des-acuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales», en *RDF*, núm. 73, 2016, pp. 27 ss.
- TORAL LARA, Estrella: «Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias», en *DPC*, núm. 30, 2016, pp. 289 ss.
- TORRELS TORREA, Esther: «Limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular durante dos años desde la Sentencia de casación. Comentario a la STS de 21 julio de 2016 (RJ 2016, 3445)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 471 ss.
- VARA GONZÁLEZ, José Manuel: «La liquidación en escritura pública del régimen de separación de bienes», en *RJNot*, núm. 99, 2016, pp. 213 ss.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «La atribución del uso de otras viviendas distintas a la familiar. Las segundas residencias», en *RDF*, núm. 74, 2017, pp. 61 ss.
- VERDERA SERVER, Rafael Antonio: «Ser padre», en *DPC*, núm. 30, 2016, pp. 75 ss.
- VIOLA DEMESTRE, Isabel: «La custodia compartida no exime del pago de alimentos. Sentencia de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016, 249)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 293 ss.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma», en *RdPat*, núm. 41, 2016, pp. 111 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- BARRIO GALLARDO, Aurelio: «Libertad de testar y principio de no discriminación: ¿una nueva modalidad de disposiciones sucesorias con causa ilícita?», en *RdPat*, núm. 41, 2016, pp. 201 ss.
- BUADES CASTELLÀ, Gabriel: «¿Estamos ante el fin de la "Plusvalía del Muerto" en las transmisiones derivadas de los Pactos Sucesorios?», en *AC*, núm. 10, 2016, pp. 58 ss.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «Pacto de mejora sin entrega de presente sobre bienes de naturaleza ganancial. Comentario a la RDGRN de 13 julio 2016 (RJ 2016, 4593)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 413 ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Sucesión en los títulos nobiliarios: sucesión de colaterales y principio de propinquidad, y legitimación de hijos extra matrimoniales en la sucesión: Comentario a las SSTS, Sala 1.ª, de 21 de julio de 2016 y 8 de marzo de 2016, sobre la sucesión en los títulos nobiliarios», en *AC*, núm. 10, 2016, pp. 70 ss.
- ESTÉVEZ ABELEIRA, Teresa: «El pacto de mejora como negocio jurídico *«mortis causa»*», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3113 ss.
- «La pérdida de eficacia de los pactos de mejora gallegos», en *RJNot*, núm. 99, 2016, pp. 413 ss.

- GARCÍA GOLDAR, Mónica y AMMERMAN YEBRA, Julia: «Reconocimiento de filiación en testamento y reclamación de alimentos», en *RDBB*, núm. 1, 2017, pp. 77 ss.
- GONZÁLEZ VICENTE, José Luis: «Consideraciones sobre la pensión compensatoria y su continuidad tras el fallecimiento del deudor: la pervivencia de la deuda y los herederos como deudores», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3418 ss.
- IRURZUN GOICOA, Domingo: «De nuevo sobre el testamento cerrado (testamento cerrado, testamento en formación)», en *RJNot*, núm. 100-101, 2017, pp. 373 ss.
- MARÍN CALERO, Carlos: «En favor del beneficio de inventario: (primera parte)», en *RJNot*, núm. 99, 2016, pp. 239 ss.
- «En favor del beneficio de inventario (segunda parte)», en *RJNot*, núm. 100-101, 2017, pp. 225 ss.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda: «El prelegado o el heredero instituido testamentariamente legatario: el doble llamamiento a título universal y a título singular», en *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 990 ss.
- O'CALLGHAN, Xavier: «Idoneidad de la pareja de hecho de la heredera para ser testigo en el testamento en el que se la instituye como tal heredera: Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 622/2016 de 19 Oct. 2016, Rec. 1555/2014», en *AC*, núm. 11, 2016, pp. 106 ss.
- RIVAS ANDRÉS, Rafael: «El testamento notarial inglés no se puede utilizar en España sin adverbación judicial (un elogio al arte de la copia)», en *RJNot*, núm. 99, 2016, pp. 333 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La revocación de la donación por causa de ingratitud del donatario», en *RJNot*, núm. 100-101, 2017, pp. 187 ss.
- SÁENZ DE SANTAMARÍA VIerna, Alberto: «La intervención notarial en el testamento de Fernando el Católico: su análisis a través de los signos notariales», en *RJNot*, núm. 100-101, 2017, pp. 381 ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Legítimas y protección constitucional de la herencia», en *RJNot*, núm. 99, 2016, pp. 367 ss.
- UREÑA CARAZO, Belén: «La legítima del cónyuge viudo: un análisis comparativo de su regulación en el derecho común y en los derechos forales», en *AC*, núm. 3, 2017, pp. 84 ss.
- VAQUER ALOY, Antoni: «La relajación de las solemnidades del testamento», en *RDBB*, núm. 4, 2016, pp. 9 ss.
- VILLÓ TRAVÉ, Cristina: «El pagament dels deutes hereditaris i la responsabilitat de l'hereu en el Dret civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 3, 2016, pp. 643 ss.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Aceptación y repudiación de la herencia tras la Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *RCDI*, núm. 758, 2016, pp. 3143 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- ÁLVAREZ SAN JOSÉ, María: «La corrupción empresarial como conducta anti-competitiva. El papel armonizador de los programas de "compliance" en un mercado global», en *RDM*, núm. 301, 2016, pp. 143 ss.
- ÁVILA ORIVE, José Luis: «Tutela judicial efectiva y procesos de reestructuración y resolución en el sistema financiero de la Unión Europea y España», en *RDBB*, núm. 143, 2016, pp. 113 ss.
- BRUFAO CUIEL, Pedro: «Análisis de la supervisión por el Banco de España de las Cajas de Ahorros y las fundaciones bancarias», en *RDBB*, núm. 144, 2016, pp. 157 ss.
- CASTELLÓ PASTOR, José Juan: «*Quantum* de la remuneración en la compensación por clientela ¿Margen comercial bruto o neto? Comentario a la STS de 30 mayo 2016 (RJ 2016, 2293)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 223 ss.
- CONTRERAS DE LA ROSA, Isabel: «La responsabilidad por daños de la matriz por conductas anticompetitivas de su filial», en *RDCD*, núm. 19, 2016.
- DÍAZ MORENO, Alberto: «Responsabilidad del socio único por falta de inscripción tempestiva de la unipersonalidad sobrevenida en el Registro Mercantil (STS 19 de julio de 2016). Comentario a la STS 19 julio 2016 (RJ 2016, 3781)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 455 ss.
- EMBID IRUJO, José Miguel: «Aproximación al significado actual del Derecho Mercantil en Europa», en *RJNot*, núm. 100-101, 2017, pp. 397 ss.
- GALEOTE MUÑOZ, María del Pilar: «*Equity crowdfunding*: agentes y relaciones», en *RdPat*, núm. 41, 2016, pp. 221 ss.
- GILI SALDAÑA, M.^a Angels: «Compraventa de empresa: ¿cesión de crédito o cesión de contrato? Sentencia de 4 febrero de 2016 (RJ 2016, 890)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 257 ss.
- GIMENO BEVIÁ, Vicente: «Los acuerdos de exclusividad en los procesos de adquisición de empresas», en *RDM*, núm. 304, 2017, pp. 269 ss.
- GÓMEZ TRINIDAD, Silvia: «Efectos de las decisiones de las ANC y la protección documental aportada en un programa de clemencia en las acciones por daños: Reflexiones ante la Propuesta de Ley de transposición de la Directiva 2014/104 al ordenamiento jurídico español», en *RDCD*, núm. 19, 2016.
- JUAN Y MATEU, Fernando: «La difusión pública de información privilegiada en los mercados de valores», en *RDM*, núm. 304, 2017, pp. 113 ss.
- LÓPEZ ORTEGA, Raquel: «Las plataformas de financiación participativa (*crowdfunding*) en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial», en *RDBB*, núm. 144, 2016, pp. 83 ss.

- MARTÍN ARESTI, Pilar: «Marca bidimensional que reproduce la imagen del producto que la marca distingue y comercialización por un tercero de un producto muy similar. Comentario a la STS de 25 febrero 2016 (RJ 2016, 811)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 77 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Derecho europeo de reestructuraciones empresariales y Derecho de la competencia», en *REDE*, núm. 60, 2016, pp. 13 ss.
- RODILLA MARTÍ, Carmen: «La *more economic approach* del Derecho de la Competencia en los litigios sobre consorcios de patentes: el caso de los compromisos», en *RDCD*, núm. 19, 2016.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «El Derecho Mercantil ante la expansión del consumo colaborativo: especial consideración a la financiación participativa», en *RDBB*, núm. 142, 2016, pp. 87 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía: «La economía social desde la tipología societaria», en *RDS*, núm. 47, 2016, pp. 109 ss.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «La transformación de una sociedad mercantil en sociedad civil. Comentario de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de abril de 2016», en *RDM*, núm. 301, 2016, pp. 429 ss.
- «La aportación de unidad económica a una sociedad de capital: opciones y problemas», en *RDM*, núm. 304, 2017, pp. 207 ss.
- ARAMBURU URIBARRI, Estíbaliz: «Alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales», en *ACM*, núm. 9, 2016, pp. 29 ss.
- ARPIO SANTACRUZ, Juan L.: «El régimen de la sociedad sin personalidad jurídica y su relación con el de la comunidad de bienes», en *ACM*, núm. 1, 2017, pp. ss.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique y VIGUERA REVUELTA, Rodrigo: «Distribución de la carga de la prueba en el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad frente a los administradores de sociedades insolventes: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 472/2016, de 13 de julio (RJ 2016, 3191)», en *RdPat*, núm. 42, 2017, pp. 373 ss.
- BENAVIDES VELASCO, Patricia: «El derecho de información de los socios en las sociedades de capital», en *RDM*, núm. 302, 2016, pp. 207 ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Aplicación del régimen jurídico de las cantidades anticipadas a cuenta del precio de vivienda de construcción futura a la promoción en régimen de cooperativa. Responsabilidad exclusiva de la entidad gestora frente a la cooperativista y desvinculación de ésta de la cooperativa de conformidad con las previsiones estatutarias. Comentario a la STS de 12 julio 2016 (RJ 2016, 3562)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 385 ss.

- CABANAS TEJO, Ricardo: «Conflictos de socios: un análisis a la luz de un caso singular», en *CDC*, núm. 66, 2016, pp. 139 ss.
- CAMPINS VARGAS, Aurora: «Articulación contractual y régimen jurídico de los pactos de acompañamiento (cláusulas de "tag along")», en *RDS*, núm. 48, 2016, pp. 65 ss.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y CALDERÓN, Carmen: «Gobierno corporativo y prácticas tributarias», en *RdPat*, núm. 42, 2017, pp. 31 ss.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, María de la Concepción: «La calificación como administrador de hecho y la subordinación crediticia. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1.ª), núm. 224/2016 de 8 de abril (RJ 2016/1232)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 449 ss.
- CIAN, Marco: «Shareholder rights and governance efficiency: The italian experience in a european comparative perspective», en *RDS*, núm. 48, 2016, pp. 243 ss.
- COHEN BENCHETRIT, Amanda: «Retribución de administradores no prevista en los estatutos sociales. Sentencia de 17 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 307642)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 161 ss.
- DE LORENZO GIL, Andrés: «Entre el enigma y el misterio: ¿hay administradores que no lo sean en su condición de tales? (Historia de un adverbio convertido en adjetivo: el extraordinario poder de la agramaticalidad)», en *RDS*, núm. 48, 2016, pp. 317 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Soledad: «La acción resarcitoria posfusión», en *RDM*, núm. 302, 2016, pp. 149 ss.
- DÍAZ MORENO, Alberto: «Responsabilidad del socio único por falta de inscripción tempestiva de la unipersonalidad sobrevenida en el Registro Mercantil (STS 19 de julio de 2016). Comentario a la STS 19 julio 2016 (RJ 2016, 3781)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 455 ss.
- «Observaciones sobre administradores, acuerdos de refinanciación, «fresh money» y subordinación», en *RDM*, núm. 303, 2017, pp. 13 ss.
- EMBID IRUJO, José Miguel: «El derecho de los grupos de sociedades: entre las medidas de tutela y la organización de la empresa policorporativa», en *RDM*, núm. 304, 2017, pp. 13 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Las funciones legitimadora e informativa del libro registro de socios en las sociedades de responsabilidad limitada. Un examen crítico», en *RDM*, núm. 302, 2016, pp. 13 ss.
- GALACHO ABOLAFIO, Antonio F.: «La reforma de la Ley de sociedades de capital: los administradores "en su condición de tales" y sus repercusiones en la retribución del órgano de administración», en *RDS*, núm. 48, 2016, pp. 171 ss.
- GIMENO BEVIÁ, Vicente: «Los acuerdos de exclusividad en los procesos de adquisición de empresas», en *RDM*, núm. 304, 2017, pp. 269 ss.
- GOMES RAMOS, Maria Elisabete: «Gestión de sociedades, "D&O insurance" y protección de los administradores», en *RDS*, núm. 47, 2016, pp. 171 ss.

- GONZÁLEZ MOZAS, Noelia: «La cuestión incidental de previo pronunciamiento en los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.3 LSC)», en *RDS*, núm. 48, 2016, pp. 289 ss.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara: «Problemática de la mediación societaria. Especial referencia a las sociedades cotizadas», en *RDBB*, núm. 143, 2016, pp. 165 ss.
- HERNÁNDEZ PEÑASCO, Ramón: «*Proxy advisors*: funciones que desempeñan e influencia sobre el buen gobierno de las sociedades cotizadas», en *RDS*, núm. 48, 2016, pp. 213 ss.
- HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther: «El nuevo régimen de responsabilidad de los consejeros de sociedades mercantiles estatales: ¿hacia la irresponsabilidad por la gestión de sociedades públicas?», en *RDS*, núm. 47, 2016, pp. 129 ss.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel: «La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general», en *RDM*, núm. 304, 2017, pp. 165 ss.
- JUAN Y MATEU, Fernando: «Las operaciones de administradores y altos directivos con instrumentos financieros de la propia sociedad ("managers' transactions")», en *RDS*, núm. 47, 2016, pp. 27 ss.
- LATORRE CHINER, Nuria: «Acción individual de responsabilidad por incumplimiento de los deberes de liquidación. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 13 de julio de 2015», en *RDM*, núm. 303, 2017, pp. 297 ss.
- LLEONART CASTRO, Jesús: «El certificado bancario en las aportaciones dinerarias en las constituciones de sociedades y los aumentos de capital», en *CDC*, núm. 66, 2016, pp. 163 ss.
- LÓPEZ ORTEGA, Raquel: «La acción de exclusión del socio: legitimación y caducidad del plazo (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 29 de junio de 2016)», en *RDM*, núm. 302, 2016, pp. 439 ss.
- MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia: «Límites al interés de grupo, deber de lealtad y responsabilidad de los administradores de la filial. STS de 11 de diciembre de 2015, núm. 695/2015 (RJ 2015, 5440)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 99 ss.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo: «Algunas cuestiones sobre el derecho de información del socio tras las reformas introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre», en *RDS*, núm. 47, 2016, pp. 67 ss.
- MATEU DE ROS CEREZO, Rafael: «Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: entre la libertad y la regulación», en *RDM*, núm. 303, 2017, pp. 69 ss.
- «Los consejeros no ejecutivos en la ley de sociedades de capital: consejeros independientes y consejeros dominicales», en *RDS*, núm. 47, 2016, pp. 211 ss.
- MIÑANO GONZÁLEZ, Evelio: «Responsabilidad del administrador de una sociedad filial por desvío de la clientela a otra sociedad del mismo grupo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5440)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 129 ss.

- MONTORO GARCÍA NOBLEJAS, M.^a del Pilar: «Entidades de gestión colectiva y derecho de sociedades», en *RDS*, núm. 48, 2016, pp. 125 ss.
- MOYRA BALLESTER, Jorge: «Nuevas formas de protección de terceros en el derecho de grupos», en *RDS*, núm. 48, 2016, pp. 99 ss.
- NAVARRO FRÍAS, Irene: «El caso de las indemnizaciones millonarias de Nova-
caixagalicia: de nuevo sobre las remuneraciones abusivas de los adminis-
tradores sociales y los altos directivos. Comentario a la Sentencia de la
Audiencia Nacional (Sala Penal, sección 3.^a) 40/2015, de 22 de octubre»,
en *RDBB*, núm. 142, 2016, pp. 295 ss.
- O'CALLAGHAN, Xavier: «Requisitos para que prospere la acción individual
de responsabilidad contra el administrador de una sociedad que cerró de
facto: Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 472/2016
de 13 Jul. 2016, Rec. 2307/2013», en *AC*, núm. 10, 2016, pp. 107 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Financiación de empresas: emisión de obliga-
ciones y obligacionistas», en *RDS*, núm. 48, 2016, pp. 27 ss.
- RADOVANOVIC, Bojan: «Responsabilidad concursal de los administradores
de hecho ex art. 172.3 LC (Actual 172 bis LC). Sentencia del Tribunal
Supremo (Sala 1.^a) de 22 de julio de 2015 (RJ 2015, 3512)», en *CCJC*,
núm. 102, 2016, pp. 19 ss.
- «La impugnación de acuerdos sociales adoptados en cumplimiento de un
pacto parasocial omnilateral y la relevancia de la buena fe. Comentario a
la Sts (Sala 1.^a) de 25 febrero 2016 (RJ 2016, 635)», en *CCJC*, núm. 103,
2017, pp. 105 ss.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «*Fiducia cum amico*, compraventa de acciones
e inaplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil», en *RCDI*, núm.
758, 2016, pp. 30501 ss.
- «La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción
del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto
de interés», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 513 ss.
- «Autocontrato (conflictos de intereses) y las facultades representativas
de los administradores», en *RCDI*, núm. 760, 2017, pp. 1065 ss.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia: «La delimitación de la figura del administra-
dor de hecho», en *RDM*, núm. 301, 2016, pp. 69 ss.
- SANTOS, Miguel Ángel: «La Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas de
Cataluña», en *RDM*, núm. 303, 2017, pp. 103 ss.
- SUÑOL LUCEA, Aurea: «Otra aproximación sobre la infracción indirecta de
patente: un análisis de algunos de los elementos más controvertidos», en
RDM, núm. 302, 2016, pp. 255 ss.
- VAQUERIZO ALONSO, Alberto: «Los pactos accesorios de aseguramiento del
valor de la acción», en *RDS*, núm. 48, 2016, pp. 263 ss.
- VELA TORRES, Pedro José: «La reforma de las sociedades de capital: una
visión jurisprudencial», en *RJC*, núm. 2, 2016, pp. 319 ss.

- VERCHER MOLL, Francisco Javier: «Las condiciones de acceso al mercado de seguros, en particular la sincronía entre la autorización y el objeto social de las entidades de seguros», en *RDM*, núm. 301, 2016, pp. 301 ss.
- VILLACORTA HERNÁNDEZ, Miguel Ángel: «Medidas para regular correctamente el informe de gestión», en *RDBB*, núm. 144, 2016, pp. 131 ss.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita: «Informe anual de gobierno corporativo en fundaciones bancarias (Orden ECC/2575/2015, de 30 de noviembre de 2015)», en *RDBB*, núm. 144, 2016, pp. 109 ss.
- VON WICHMANN ROVIRA, Gerardo: «Sociedades civiles y mercantiles: distinción por su causa jurídica», en *RJNot*, núm. 99, 2016, pp. 99 ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La responsabilidad de las sociedades comercializadoras de energía eléctrica por los daños causados por suministro defectuoso: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 24 de octubre de 2016», en *RDM*, núm. 304, 2017, pp. 453 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- ALMARCHA JAIME, Jesús: «Evolución histórica de la doctrina de los actos propios y su aplicación en las disconformidades emanadas en el marco de la Convención de Viena de 1980 de compraventas internacionales de mercaderías», en *ACM*, núm. 3, 2017, pp. 29 ss.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra: «Contratos bancarios complejos», en *AC*, núm. 9, 2016, pp. 30 ss.
- CASTELLÓ PASTOR, José Juan: «*Quantum* de la remuneración en la compensación por clientela ¿Margen comercial bruto o neto? Comentario a la STS de 30 mayo 2016 (RJ 2016, 2293)», en *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 223 ss.
- CRUZ RIVERO, Diego: «La contratación a distancia de préstamos bancarios por personas físicas», en *RDBB*, núm. 142, 2016, pp. 13 ss.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «Préstamo bancario de dinero y tipos de interés negativos», en *RDBB*, núm. 143, 2016, pp. 79 ss.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: «Híbridos de capital-deuda subordinada, prestación bancaria de servicios de inversión y vicios del consentimiento: De nuevo sobre la libertad contractual y el consentimiento informado, en la adquisición de productos financieros complejos: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 1 de diciembre de 2016», en *RDM*, núm. 304, 2017, pp. 3994 ss.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: «Bases para una revisión del régimen de los depósitos bancarios de efectivo», en *RDBB*, núm. 143, 2016, pp. 13 ss.
- GILI SALDAÑA, M.ª Angels: «Compraventa de empresa: ¿cesión de crédito o cesión de contrato? Sentencia de 4 febrero de 2016 (RJ 2016, 890)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 257 ss.

- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «El seguro de las aeronaves financiadas», en *RDM*, núm. 302, 2016, pp. 83 ss.
- GUILLÉN CATALÁN, Raquel: «El valor de los votos particulares en la extensión del control de transparencia de la contratación entre empresarios. A propósito de la STS 367/2016 de 3 junio», en *AC*, núm. 1, 2017, pp. 254 ss.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles», en *Indret*, núm. 2017/1.
- JUAN GÓMEZ, Mateo: «Permuta financiera y contratos bancarios complejos. Una radiografía del marco doctrinal actual», en *AC*, núm. 9, 2016, pp. 4 ss.
- «Cláusulas suelo: crónica de una inseguridad jurídica», en *AC*, núm. 2, 2017, pp. 12 ss.
- MARTÍNEZ DEL TORO, Susana: «El contrato de cesión/traspaso de local de negocio», en *AC*, núm. 1, 2017, pp. 72 ss.2
- MIRAMÓN DURÁ, Rafael y MARTÍN PASTOR, José: «La anulación por vicios del consentimiento de los contratos de suscripción derivados de la OPS de Bankia de 2011», en *RDBB*, núm. 142, 2016, pp. 211 ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «La interpretación del contrato mercantil: de las viejas reglas decimonónicas a las recientes propuestas de modernización», en *RDM*, núm. 304, 2017, pp. 41 ss.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier: «Las cláusulas suelo en la contratación entre empresarios y profesionales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 3 de junio de 2016», en *RDM*, núm. 301, 2016, pp. 405 ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «Consecuencias jurídicas derivadas en el contrato de gestión de cartera de inversión por el incumplimiento de las exigencias de documentación contractual que establece la norma», en *RDBB*, núm. 142, 2016, pp. 261 ss.
- SUÁREZ PUGA, Ernesto: «¿Qué efectos produce la nulidad de una cláusula suelo por su falta de transparencia en una operación de financiación hipotecaria? Reflexiones a la luz de las conclusiones del Abogado General de la UE», en *AC*, núm. 9, 2016, pp. 20 ss.

DERECHO CONCURSAL

- BASTANTE GRANELL, Víctor: «La doctrina del «solidarismo contractual» y la quiebra del consumidor», en *ADCon*, núm. 39, 2016, pp. 203 ss.
- BLANCO SARALEGUI, José María: «El acceso del derecho concursal al tribunal supremo. Las particularidades de los recursos extraordinarios», en *ADCon*, núm. 40, 2016, pp. 157 ss.

- CERDÁ ALBERO, Fernando y ARA TRIADÚ, Carlos: «Análisis preliminar del nuevo Reglamento Europeo 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia», en *RJC*, núm. 4, 2016, pp. 903 ss.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, María de la Concepción: «La calificación como administrador de hecho y la subordinación crediticia. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1.^a), núm. 224/2016 de 8 de abril (RJ 2016/1232)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 449 ss.
- DE TORRES PEREA, José Manuel: «Reflexiones sobre la acción rescisoria concursal: propuestas de *lege ferenda*», en *ADCon*, núm. 39, 2016, pp. 97 ss.
- «La falta de correspondencia entre prestaciones y perjuicio *EX art. 71.1* de la Ley Concursal: estudio jurisprudencial y análisis crítico», en *RDCP*, núm. 26, 2017, pp. 73 ss.
- DÍAZ REVORIO, Enrique: «Concurso de acreedores y registro de la propiedad», en *ADCon*, núm. 39, 2016, pp. 149 ss.
- FACHAL NOGUER, Nuris: «La rescisión de garantías contextuales intragrupo», en *ADCon*, núm. 40, 2016, pp. 223 ss.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «La incidencia del reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia en el futuro del derecho concursal español», en *ADCon*, núm. 40, 2016, pp. 165 ss.
- FLORES SEGURA, Marta: «Las refinanciaciones de grupo», en *ADCon*, núm. 40, 2016, pp. 11 ss.
- «El plazo para solicitar la modificación del texto definitivo de la lista de acreedores. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.^a] de 4 de noviembre de 2016», en *ADCon*, núm. 41, 2017, pp. 199 ss.
- «Las ejecuciones singulares contra bienes y derechos de la masa activa por créditos contra la masa», en *RDM*, núm. 301, 2016, pp. 111 ss.
- GARCÍA GÓMEZ, Antonio J.: «Los créditos contra la masa desde la perspectiva del crédito tributario: un análisis de los supuestos más controvertidos», en *RDM*, núm. 302, 2016, pp. 299 ss.
- GARCÍA ROSTÁN, Gemma: «La responsabilidad del Estado por contravención del plan de liquidación. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.^a] de 13 de abril de 2016», en *ADCon*, núm. 41, 2017, pp. 133 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Privilegio general del acreedor instantáneo en caso de pluralidad de acreedores. Cómputo y distribución. STS de 21 diciembre 2015 (RJ 2015, 5566)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 189 ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «El nuevo Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia: cuestiones seleccionadas», en *RDCP*, núm. 26, 2017, pp. 17 ss.
- GARNACHO CABANILLAS, Lourdes: «La pretendida uniformidad legislativa en materia de enajenación de unidades productivas tras las últimas reformas concursales», en *ADCon*, núm. 39, 2016, pp. 59 ss.
- GÓMEZ LANZ, Javier: «Las insolvencias punibles en el Código Penal», en *RDCP*, núm. 26, 2017, pp. 163 ss.

- GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «Crédito no dispuesto y créditos sometidos a condición suspensiva en los acuerdos de refinanciación homologado», en *RDCP*, núm. 26, 2017, pp. 59 ss.
- HERRERA PETRUS, Christian: «Los créditos concursales, pero no concurrentes. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 4 de noviembre de 2016», en *ADCon*, núm. 41, 2017, pp. 165 ss.
- HUALDE LÓPEZ, Ibon: «El plan de liquidación y la dación en pago a acreedor hipotecario con subsistencia parcial del crédito», en *ADCon*, núm. 40, 2016, pp. 105 ss.
- HUERGO LORA, Alejandro José: «Un contrato administrativo ¿puede ser resuelto por un Juzgado de lo Mercantil? En torno a las sentencias de 5 y 15 de diciembre del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, recaídas en los conflictos de jurisdicción números 5 y 6 de 2016)», en *ADCon*, núm. 41, 2017, pp. 85 ss.
- MORRAL SOLDEVILLA, Ramón: «La derivación de la responsabilidad tributaria a la administración concursal durante la tramitación del concurso de acreedores en liquidación. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 27 de abril de 2016», en *ADCon*, núm. 41, 2017, pp. 117 ss.
- MOYA BALLESTER, Jorge: «Las presunciones relativas de la culpabilidad y otras cuestiones. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 3 de noviembre de 2016», en *ADCon*, núm. 41, 2017, pp. 181 ss.
- MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «Transmisión de empresas en crisis y saneamiento empresarial: la aportación de rama de actividad a sociedad íntegramente participada», en *RDCP*, núm. 26, 2017, pp. 117 ss.
- MUÑOZ PAREDES, Alfonso: «La insuficiente regulación de la insuficiencia de masa activa», en *ADCon*, núm. 40, 2016, pp. 197 ss.
- NIETO DELGADO, Carlos: «¿Puede la banca ser calificada como administrador de hecho tras una refinanciación?», en *ADCon*, núm. 40, 2016, pp. 179 ss.
- RADOVANOVIC, Bojan: «Responsabilidad concursal de los administradores de hecho *ex art.* 172.3 LC (Actual 172 bis LC). Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 22 de julio de 2015 (RJ 2015, 3512)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 19 ss.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio: «El concurso de las sociedades profesionales», en *ADCon*, núm. 41, 2017, pp. 29 ss.
- SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa: «Los efectos de la resolución del contrato de compraventa en el concurso de acreedores (a propósito de la STS de 19 de julio de 2016)», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 491 ss.
- SENET MARTÍNEZ, Santiago: «La venta de la unidad productiva en el concurso a la luz de las últimas reformas», en *RDCP*, núm. 26, 2017, pp. 95 ss.
- SENÉS MOTILLA, M. Carmen: «El tratamiento concursal del SWAP de tipos de interés», en *ADCon*, núm. 41, 2017, pp. 11 ss.

- SIMÓN ACOSTA, Eugenio Antonio: «La excepción de los procedimientos administrativos de ejecución en el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 39, 2016, pp. 11 ss.
- TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique: «Las medidas laborales de flexibilización interna en el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 40, 2016, pp. 79 ss.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La enajenación de la unidad productiva en el convenio de acreedores», en *RDM*, núm. 301, 2016, pp. 15 ss.
- VEIGA COPO, Abel B.: «Garantías, privilegios y valores razonables o menos razonables de las garantías en el concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 26, 2017, pp. 35 ss.
- VIZCÁINO GARRIDO, Pedro Luis: «Deberes preconcursales de los administradores y proximidad de la insolvencia: el interés social», en *RDCP*, núm. 26, 2017, pp. 139 ss.
- ZURUTUZA ARIGITA, Iñaki: «El crédito restitutorio de la parte in bonis: calificación y elementos para su análisis. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 19 de julio de 2016», en *ADCon*, núm. 41, 2017, pp. 223 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel y SÁNCHEZ LAMELAS, Ana: «Reservas de dispensación urbanísticas e inderogabilidad singular de los reglamentos: unas pinceladas ¿heterodoxas?», en *RDU*, núm. 313, 2017, pp. 17 ss.
- ALEMANY GARCÍAS, Juan: «El rol de las sociedades urbanísticas locales en la Ley 8/2013 de 26 de junio de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana», en *RDU*, núm. 309, 2016, pp. 69 ss.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco: «La participación en la planificación de residuos», en *RDA*, núm. 36, 2017, pp. 21 ss.
- ALMENAR MUÑOZ, Mercedes: «Análisis evolutivo de la evaluación ambiental estratégica: 10 años de aplicación. El caso de la Comunidad Valenciana», en *RDU*, núm. 313, 2017, pp. 109 ss.
- ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María: «El impulso de los vehículos limpios: previsiones comunitarias y medidas legislativas y administrativas adoptadas en España», en *RDU*, núm. 313, 2017, pp. 65 ss.
- BAÑO LEÓN, José María: «Un plan jurídico de reforma para los planes urbanísticos», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 43 ss.
- BLASCO HEDO, Eva: «El monte vecinal en mano común: dependencia de un recurso de uso común e intervención administrativa», en *RDA*, núm. 36, 2017, pp. 69 ss.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «Las consultas a la ciudadanía como instrumento de legitimación social de concretas ordenaciones urbanísticas», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 57 ss.

- DE LA VARGA PASTOR, Aitana: «Tendencias y retos pendientes de la inspección ambiental en el actual contexto de liberalización de las actividades económicas», en *RDU*, núm. 313, 2017, pp. 133 ss.
- DÍAZ LEMA, José Manuel: «El Derecho urbanístico en el epicentro del estado constitucional español: entre la regulación de la propiedad y la satisfacción del derecho a la vivienda», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 79 ss.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica: «La transformación del control local: de la licencia urbanística a la actuación comunicada», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 101 ss.
- DOPAÑO FRAGUÍO, Pilar: «El sistema jurídico administrativo de tutela de la innovación biotecnológica: principales novedades de la Ley 24/2015 de Patentes», en *RDA*, núm. 36, 2017, pp. 37 ss.
- EMBID IRUJO, Antonio y EMBID TELLO, Antonio Eduardo: «Fracturación hidráulica: entre la prohibición y la exigencia de evaluación ambiental. Evaluación de riesgos y moratoria aconsejable», en *RDA*, núm. 35, 2016, pp. 23 ss.
- FUERTES LÓPEZ, Mercedes: «Urbanismo en un cruce de caminos: a propósito de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de noviembre de 2016», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 125 ss.
- GALERA RODRIGO, Susana y HERNÁNDEZ BATALLER, Bernardo: «La política ambiental europea en España», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 143 ss.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel: «El cambio climático como hecho que determina las medidas de fomento de las energías renovables», en *RDU*, núm. 312, 2017, pp. 123 ss.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando y GARABITO LÓPEZ, José Carlos: «La necesaria objetivación de la regeneración urbana en nuestras ciudades y pueblos: los sistemas de evaluación de sostenibilidad y certificación urbana», en *RDU*, núm. 310, 2016, pp. 119 ss.
- GIFREU I FONT, Judith: «Reflexiones críticas en torno al control jurisdiccional de la actividad urbanística de los entes locales», en *RDU*, núm. 310, 2016, pp. 35 ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «Pasado, presente y futuro del Derecho urbanístico», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 167 ss.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio: «La evolución legislativa y jurisprudencial del Patrimonio Municipal del Suelo en el Derecho español. Las perspectivas de su utilización en el siglo XXI», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 179 ss.
- HERNÁNDEZ ARAYA, Nicolás Alejandro: «Barreras económicas en el acceso a la justicia ambiental en España», en *RDA*, núm. 36, 2017, pp. 107 ss.
- HERRERO POMBO, César: «La movilidad municipal: una visión desde lo local (I) », en *RDU*, núm. 309, 2016, pp. 95 ss.
- La movilidad municipal: una visión desde lo local (II) », en *RDU*, núm. 310, 2016, pp. 93 ss.

- IGLESIAS GONZÁLEZ, Juan Felipe: «Régimen jurídico de las actuaciones urbanísticas de regeneración urbana», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 219 ss.
- IRASOZA LETAMENDÍA, Luis Javier: «Ciudades inteligentes: requerimientos, desafíos y algunas claves para su diseño y transformación», en *RDU*, núm. 312, 2017, pp. 69 ss.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier: «Las consecuencias de la crisis en el urbanismo español: la necesidad de reconfigurar sus bases», en *RDU*, núm. 310, 2016, pp. 17 ss.
- LASO BAEZA, Vicente: «El incumplimiento obligado de la parcela mínima como supuesto de vinculación singular y no de fuera de ordenación», en *RCDI*, núm. 759, 2017, pp. 530 ss.
- LÓPEZ, Dulce: «Indisciplina urbanística y proporcionalidad en España y Portugal», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 247 ss.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «El urbanismo sostenible en la legislación española», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 269 ss.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «¿Es conforme al Derecho europeo la prórroga de las concesiones de costas?», en *RDU*, núm. 309, 2016, pp. 131 ss.
- Los objetivos económicos de la regulación del suelo», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 277 ss.
- MOREL ECHEVARRÍA, Juan Claudio: «El paisaje como bien jurídicamente protegido», en *RDA*, núm. 35, 2016, pp. 89 ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «La responsabilidad patrimonial por la nulidad de los planes urbanísticos en clave judicial», en *RDU*, núm. 309, 2016, pp. 17 ss.
- PAREJO ALFONSO, Luciano José: «Reflexiones sobre la evolución del sistema urbanístico desde sus fundamentos», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 297 ss.
- PECES MORATE, Jesús Ernesto: «La justicia en el urbanismo y el medio ambiente: ¿se cumplen las sentencias?», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 323 ss.
- PLAZA GONZÁLEZ, Marta: «La nulidad de los instrumentos del planeamiento general y la preservación de los actos firmes dictados a su amparo», en *RDU*, núm. 312, 2017, pp. 111 ss.
- PONCE SOLÉ, Juli: «Cincuenta años de relaciones entre derecho urbanístico y vivienda asequible en España», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 343 ss.
- PONS CÀNOVAS, Ferrán: «El fallido hotel de El Algarrobo: crónica jurídica del despropósito», en *RDU*, núm. 312, 2017, pp. 17 ss.
- PORTO REY, Enrique: «Esquemas de la incidencia de las normas sectoriales estatales en la ordenación urbana», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 373 ss.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás: «Urbanismo comercial y sostenibilidad urbanística», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 393 ss.

- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «Las vías pecuarias: aspectos en relación con el patrimonio, el urbanismo y el paisaje. Especial referencia a la Comunitat Valenciana», en *RDU*, núm. 309, 2016, pp. 159 ss.
- REAL FERRER, Gabriel: «Residuos y sostenibilidad. El modelo europeo», en *RDA*, núm. 35, 2016, pp. 57 ss.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: «COP 21: Nuevas perspectivas para los montes por su función mitigadora ante el cambio climático», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 141 ss.
- ROSA MORENO, Juan: «La anunciada nueva estrategia de EEUU sobre el cambio climático. ¿Es posible la denuncia del acuerdo de París?», en *RDA*, núm. 35, 2016, pp. 13 ss.
- SALOM PARETS, Aina: «La capacidad de carga «conditio iuris» en la normativa territorial y turística», en *RDU*, núm. 313, 2017, pp. 39 ss.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «El calvario de las vinculaciones singulares absolutas: la renuencia de la administración a la expropiación "ope legis"», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 431 ss.
- TEJEDOR BIELSA, Julio César: «El Derecho urbanístico en la encrucijada», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 453 ss.
- TOLOSA TRIBIÑO, César: «Aguas, planeamiento y sostenibilidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 479 ss.
- TRÍAS PRATS, Bartomeu: «Los principios de proximidad y suficiencia en el régimen de los traslados intraestatales de residuos», en *RDU*, núm. 312, 2017, pp. 169 ss.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos: «La consolidación del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible en la última década», en *RDU*, núm. 311, 2017, pp. 499 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ABRISKETA URIARTE, Joana: «La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del *non-refoulement*», en *RDCE*, núm. 56, 2017, pp. 119 ss.
- ÁVILA ORIVE, José Luis: «Tutela judicial efectiva y procesos de reestructuración y resolución en el sistema financiero de la Unión Europea y España», en *RDBB*, núm. 143, 2016, pp. 113 ss.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen y QUINZÁ REDONDO, Pablo: «Incompetencia del TJUE para resolver acerca de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Oberlandesgericht München, Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Múnich (Alemania). Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 12 de mayo de 2016», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 549 ss.

- AZPIROZ VILLAR, José Eugenio: «El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias: (La mercantilización y cosificación de la vida humana)», en *AC*, núm. 2, 2017, pp. 72 ss.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel: «Integración europea y legitimidad de la jurisdicción constitucional», en *RDCE*, núm. 55, 2016, pp. 941 ss.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «La reforma del Tribunal General de la Unión Europea: remodelando la arquitectura jurisdiccional de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 61, 2017, pp. 63 ss.
- CERDÁ ALBERO, Fernando y ARA TRIADÚ, Carlos: «Análisis preliminar del nuevo Reglamento Europeo 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia», en *RJC*, núm. 4, 2016, pp. 903 ss.
- CRESPO NAVARRO, Elena: «La protección por afinidad de los ciudadanos de la Unión Europea no representados en terceros países», en *RDCE*, núm. 55, 2016, pp. 1019 ss.
- DE LA VEGA MERINO, Diego: El derecho europeo y la libre circulación de contenidos audiovisuales en línea: Hacia un mercado digital sin barreras geográficas», en *AC*, núm. 1, 2017, pp. 88 ss.
- GONZÁLEZ VEGA, Javier Andrés: «Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional (a propósito de la "crisis de los refugiados")», en *RDCE*, núm. 56, 2017, pp. 27 ss.
- GUICHOT REINA, Emilio: «La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad», en *REDE*, núm. 60, 2016, pp. 49 ss.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J.: «La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia Aranyosi y Caldaru», en *RDCE*, núm. 55, 2016, pp. 859 ss.
- PALAO TABOADA, Carlos: «El abuso del derecho en materia tributaria en el Derecho comunitario europeo», en *REDE*, núm. 61, 2017, pp. 13 ss.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del Derecho español con la Directiva de cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)», en *RDBB*, núm. 1, 2017, pp. 163 ss.
- PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge: «La definición de Servicio de interés económico general en la Unión Europea... ¿De qué margen disponen los Estados Miembros?», en *REDE*, núm. 61, 2017, pp. 101 ss.
- PORTILLO PAVLOVIC, Tatiana y DE PAZ, Silvia: «Aspectos más significativos del Reglamento (UE) no 655/2014, de 15 de mayo de 2014, relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en material civil y mercantil», en *AC*, núm. 2, 2017, pp. 44 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Derecho europeo de reestructuraciones empresariales y Derecho de la competencia», en *REDE*, núm. 60, 2016, pp. 13 ss.

REYES LÓPEZ, María José: «La repercusión de la Jurisprudencia del TJUE en el derecho de consumo», en *RJNot*, núm. 99, 2016, pp. 67 ss.

ROSSELLÓ, Francisca María: «Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales», en *RDM*, núm. 303, 2017, pp. 163 ss.

DERECHO PROCESAL

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia: «La gestión procesal de los litigios masivos. La situación en España y la implantación de la acción de grupo en Francia», en *RdPat*, núm. 42, 2017, pp. 109 ss.

ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio y RUEDA MARTÍNEZ, José Alejo: «Limitación de la responsabilidad de los transportistas y otras cuestiones de naturaleza procesal. Comentarios de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2015», en *RDM*, núm. 303, 2017, pp. 261 ss.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen y QUINZÁ REDONDO, Pablo: «Incompetencia del TJUE para resolver acerca de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Oberlandesgericht München, Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Múnich (Alemania). Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 12 de mayo de 2016», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 549 ss.

BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique y VIGUERA REVUELTA, Rodrigo: «Distribución de la carga de la prueba en el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad frente a los administradores de sociedades insolventes: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 472/2016, de 13 de julio (RJ 2016, 3191)», en *RdPat*, núm. 42, 2017, pp. 373 ss.

BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «La reforma del Tribunal General de la Unión Europea: remodelando la arquitectura jurisdiccional de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 61, 2017, pp. 63 ss.

CORDÓN MORENO, Faustino: «La capacidad para ser parte y su control jurisdiccional. STS del 24 noviembre de 2015 (RJ 2015, 5276)», en *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 89 ss.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Las tasas judiciales a juicio: Comentario crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio», en *Indret*, núm. 2017/1.

PÉREZ DUADÍ, Vicente: «La eficacia de las sentencias del TJUE en las sentencias firmes dictadas por los tribunales españoles», en *AC*, núm. 3, 2017, pp. 46 ss.

VALIÑO CES, Almudena: «El análisis de la E-Justicia en España: ¿una salida a la crisis de la Administración de Justicia?», en *RDNT*, núm. 43, 2017, pp. 61 ss.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
ACM	Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
DPC	Derecho Privado y Constitución
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
PDD	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCD	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
RdPat	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades
RDU	Revista Aranzadi de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

InDret	www.indret.com
Diario La Ley	
La Ley Derecho de Familia	
La Ley Mercantil	
La Ley Unión Europea	

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (Universidad Carlos III de Madrid)**

Colaboran: **Ignacio 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) Francisco SANTANA NAVARRO (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), 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. Retraso desleal e ineficacia de la pretensión.—La Sala 1.^a considera aceptable y ajustado al principio de buena fe (art. 7.1 CC) que el retraso desleal no deba producir siempre la ineficacia de la pretensión sino que ésta puede ser adaptada a las exigencias de aquel principio, provocando por ejemplo que, aun admitiendo en un caso concreto la existencia de retraso desleal pero estando dentro del plazo de prescripción de la acción, se reduzca el

tiempo de actualización de la cantidad dineraria reclamada. (STS de 29 de marzo de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los padres de A (demandante), B y C (demandados) transmitieron mediante compraventa sus bienes en tres partes. Una primera parte la transmitieron a la sociedad K (sociedad instrumental de B y C); una segunda parte a la sociedad S que a su vez la vendió a K; y otra tercera parte a la sociedad Z (sociedad instrumental de A). B y C, en contestación a una carta dirigida por A, le hicieron una oferta de compraventa según la cual, en el momento en que vendieran una parte significativa de la finca F, se comprometían a reservar a A la cantidad de 100.000.000 pesetas que se actualizarían con la variación del IPC desde el 1 de enero de 1991 hasta esa fecha.

En mayo de 1990 la sociedad Z vendió su parte del reparto a la sociedad K. En el contrato se pactó que los gastos e impuestos eran de cargo de la compradora, estipulándose en la escritura que el contrato se resolvería al amparo del artículo 1.504 CC si no se abonaba esta cantidad con anterioridad al 10 de enero de 1991. Aunque el pago se efectuó con retraso (marzo de 1992), en la carta de pago B se ratificó en la intención conjunta de B y C de reservar a A la cantidad de 100.000.000 pesetas tan pronto como enajenasen una parte significativa de la finca F.

En 1994 la sociedad K vendió una determinada finca que estaba comprendida en su tercio y que constituía una parte significativa de F. Ello suponía el cumplimiento de la condición que les obligaba a abonar a A 100.000.000 de pesetas.

A y su sociedad instrumental Z interpusieron en marzo de 2009 demanda frente a B, C y la sociedad K en reclamación de la cantidad de 100.000.000 pesetas convertida en 601.012,10 euros actualizados desde el 1 de enero de 1991 hasta la fecha de interposición de la demanda. B y C reconvinieron reclamando el abono del compromiso de pago de gastos e impuestos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvención. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia y redujo la cantidad a satisfacer por B y C a, manteniendo la desestimación de la reconvención.

B, C y S, por un lado; y A y K, por el otro, interpusieron sendos recursos de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial. (A. I. R. A.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor: Derecho a la tutela judicial efectiva: Acusación por denuncia falsa que trae causa de anterior proceso penal entre las partes por injurias: Sentencia absolutoria en ambos procesos.—El presente recurso trae causa de una demanda en la que se ejercitó acción de tutela del derecho al honor, por intromisión ilegítima de la demandada al interponer ésta una denuncia acusando a la actora de cometer un supuesto delito de

denuncia o acusación falsa. Los actores (Leonardo y su esposa Pilar), y ahora recurrentes, interpusieron en su día querrela contra la demandada (Bibiana) alegando que ésta había vertido expresiones injuriosas y vejatorias durante una reunión de copropietarios, referente a unos malos olores que procedían de una gata titularidad de la actora, que esta poseía en su domicilio. Tal querrela culminó en un juicio de faltas que concluyó con sentencia absolutoria, confirmada por la Audiencia Provincial en trámite de apelación. Ante tal absolución, la querellada y aquí demandada interpuso contra los querellantes, ahora parte actora, denuncia por haber incurrido en delito de denuncia falsa. Las diligencias penales concluyeron mediante sobreseimiento libre, confirmado por la Audiencia Provincial resolviendo la apelación, que adquirió firmeza. En la demanda de la que traen causa los recursos aquí interpuestos, se considera atentatorio al derecho al honor de los actores la presentación por la demandada de la denuncia por acusación falsa contra ellos.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, tras un prolijo relato de las dos causas penales que se encuentran íntimamente interrelacionadas en esta litis, considera como hechos probados, en lo que ahora es de interés, los siguientes: « Que Pilar y Leonardo interpusieron el 12 de julio de 2010 querrela contra Bibiana por hechos que, a su juicio, constituían delito contra el honor. Tras una serie de avatares procesales se reputaron falta los hechos, se celebró la vista del Juicio de Faltas, por una falta de injurias, y el 13 de mayo de 2011 se dictó sentencia que, tras ser recurrida, fue confirmada por la Audiencia Provincial, en la que se absolvía a Bibiana por no haber quedado acreditados los hechos objeto de la querrela, y además se les imponían las costas a los denunciados al apreciar temeridad por mantener la acusación frente a la denunciada pese a no existir ninguna prueba testifical de las ocho practicadas que apoyara las afirmaciones de los denunciados». «Que el 4 julio 2012 Bibiana formuló denuncia contra Pilar y Leonardo, por acusación y denuncia falsa que, tras avatares procesales concluyó con el archivo de las actuaciones. Tal archivo fue recurrido en reforma por ambas partes, desestimándose ambos recursos. El de Bibiana porque los hechos que se denunciaban como falsos no eran hechos que, de ser ciertos, constituyesen infracción penal del delito de denuncia falsa, sino imputaciones o valoraciones que en su caso deberían ser objeto de querrela por delito contra el honor y que, además, no había medio de comprobar la veracidad o falsedad de tales hechos. Ambas partes recurrieron lo decidido en el recurso de reforma, interponiendo el de apelación, y la Audiencia Provincial por auto de 31 de julio de 2013 desestimó el recurso de Bibiana y estimó el interpuesto por Pilar y Leonardo, en el sentido de acordar el sobreseimiento libre al no ser constitutivos de delito de denuncia falsa los hechos denunciados».

Con fundamento en tales hechos el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar que no ha existido una extralimitación ni objetiva, ni subjetiva, en el ejercicio del derecho a la acción penal que asistía a la demandada, pues no puede decirse que su denuncia careciese de una mínima apoyatura fáctica y técnica, si se tiene en cuenta que previamente los demandantes le habían acusado a ella en los términos ya expuestos; de lo que se infiere que con su denuncia sólo perseguía el ejercicio legítimo de una acción penal y no la de difamar y perjudicar el honor de los demandantes.

Contra la anterior resolución la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza resolvió la apelación de los demandantes por sentencia de 6 de marzo de 2015, desestimándola, argumentando que la sentencia de primera instancia entendió necesario tener en cuenta los antecedentes y circunstan-

cias en que se produjeron los hechos que según la demanda constituye la intromisión ilegítima y por ello incluyó un relato de lo sucedido entre las partes. Pero sólo cabe denunciar omisiones que sean trascendentes para la decisión del caso. La sentencia, partiendo de las actuaciones penales, apreció y valoró la prueba documental aportada para concluir con una resolución razonada cumpliendo los artículos 209 y 218 LEC. Cuestión diversa es que se discrepe de la valoración de la prueba. Las denuncias falsas se regulan de forma restrictiva por cuanto el artículo 456, 1 CP exige en la acusación falsa el conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, por lo que la mera interposición de una denuncia, aunque pueda llevar un descrédito, no implica en sí misma un ataque al honor. Así sucede en el presente caso en el que no se puede obviar el proceso penal anterior por injurias seguido contra la demandada a instancia de los actores en el que aquélla fue absuelta.

Valoración de los hechos cuando la resolución de casación afecta a derechos fundamentales.—Como declaró la STS de 9 de abril de 2012: «Esta Sala, en sus resoluciones más recientes, tiene declarado que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado con el derecho al honor, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción del derecho fundamental alegado, sin limitarse a considerar, como ocurre cuando se interpone un recurso extraordinario por infracción procesal para combatir la valoración de la prueba en relación con un proceso cuyo objeto se desenvuelve en el plano de la legalidad ordinaria, si las conclusiones sobre los hechos obtenidos por el tribunal de instancia, además de no infringir las normas que integran el régimen de la prueba, simplemente soportan la aplicación de un test de racionalidad». De ahí que persiguiendo tal finalidad se hayan admitido los recursos, y a ello se contraiga la decisión que en cada uno de ellos adopte la Sala.

Vinculación de resoluciones penales en posterior proceso civil.—Con carácter general la vinculación existente entre los pronunciamientos contenidos en una sentencia penal que pone fin al proceso de esa naturaleza absolviendo al acusado y los que con posterioridad, y a instancia de parte, pueda emitir la jurisdicción civil no es más que la establecida en el pár. 1.º del artículo 116 LECrim, por el que se prohíbe que se vuelva a decidir sobre hechos que la sentencia penal firme haya declarado que no existieron. Ello no impide que el tribunal civil goce de plena libertad para fijar la *quaestio facti* respecto del juicio axiológico o valorativo, así como para apreciar las diligencias penales traídas por testimonio al proceso civil junto al resto de pruebas practicadas en el mismo. En suma, como ha reiterado la jurisprudencia (SSTS de 31 de mayo de 2011 y 11 de enero de 2012), las sentencias penales absolutorias no crean cosa juzgada vinculante para el posterior proceso civil, salvo que se declare expresamente probado que el hecho no ocurrió en la realidad. Salvo en el caso indicado, la absolución o sobreseimiento penal no impide probar y apreciar otras circunstancias relevantes para la acción civil ejercitada.

La parte recurrente pone el acento en el auto de la Audiencia Provincial por el que, respecto a la denuncia falsa, estima el recurso de apelación formulado por D.ª Pilar y D. Leonardo y acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones. Pero interrelacionando el proceso penal por denuncia falsa con el precedente por injurias iniciado por querrela de los recurrentes, que es

precisamente lo que justifica aquella denuncia, se aprecia que el auto en cuestión sobreesee libremente las diligencias penales, pero no por declarar probado que las injurias existieron contradiciendo la resolución penal precedente, sino por faltar el requisito subjetivo de la existencia de dolo.

Ausencia de extralimitación en el ejercicio de derechos fundamentales.—Con base en la doctrina sentada por las SSTs de 11 de diciembre de 2008 y 4 de febrero de 2009, se infiere que el derecho a la tutela judicial efectiva interponiendo demandas no es absoluto, debiéndose tener en cuenta las circunstancias de cada caso, pues como concluye la STS de 4 de septiembre de 2008, para que haya abuso es necesario que el derecho se ejercite con extralimitación, por causa objetiva o subjetiva en que se asienta dicho concepto. La sentencia recurrida ha seguido y respetado tales parámetros jurisprudenciales, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por ello afirma que no se puede obviar que la acusación por denuncia falsa contra los recurrentes trae causa de un proceso penal anterior por injuria iniciado por estos contra la demandada, de las que fue absuelta con imposición de costas a los ahora demandantes por temeridad ante la ausencia de testigos que adwersen los hechos objeto de la querrela. De ello colige, de modo razonable, que en la denuncia por acusación falsa no existió un ánimo de perjudicar a la parte actora que extralimitase su derecho a la tutela judicial efectiva. Se ha tratado de denuncias penales cruzadas entre las partes, sin que prosperasen ninguna de las acciones, en el que el honor de tales partes se ha visto afectado para ambas pero en los estrictos términos que lleva anudada toda denuncia, y sin extralimitación. (STS de 20 de abril de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—En una reunión de copropietarios de pisos, que puede presumirse animada y hasta acalorada, parece que alguien aludió a una perra, propiedad de una de las personas asistentes a la misma, causante de los malos olores perceptibles en el patio común. Se ignora si se adoptaron, o no, acuerdos sobre el mencionado tema, aunque más bien parece una anécdota intrascendente, que ulteriormente, incluso, minimizaron aquellos. Pero las consecuencias jurídicas de aquel nimio suceso fisiológico-canino, han sido sorprendentes (querrelas penales, denuncias y acciones civiles en defensa del honor, hasta desembocar en un recurso de casación) entre dos de los copropietarios, tal como se describe minuciosamente en la sentencia extractada. Que el dueño de un can no lo controle adecuadamente merece, eventualmente, alguna advertencia de la comunidad de propietarios, pero que seis Magistrados de la Sala 1.^a deban reunirse y estudiar el caso, parece un tanto excesivo, aunque se trata de una sentencia cuya razón de ser está indudablemente fundamentada, se ofrece cuidadosamente elaborada y resulta merecedora de plena aprobación por el logrado equilibrio de su argumentación. (G. G. C.)

3. Derecho al honor y su ponderación con el Derecho a la libertad de expresión libro de investigación histórica sobre los huidos, maquis y guerrilleros en la zona cantábrica. Valoración del término «chaquetero» e imputación de la condición de traidor.—Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional debe observarse un deber de veracidad en los trabajos de

investigación sobre hechos históricos (SSTC 23 de marzo de 2004 y 2 de abril de 2014). De acuerdo a la anterior doctrina constitucional: a) el derecho de los contemporáneos a formar nuestra propia visión del mundo a partir de la valoración de experiencias ajenas exige la existencia de una ciencia histórica libre y metodológicamente fundada, no pudiendo pretender fijar una verdad histórica por los tribunales en aras a exigir responsabilidades de la información, b) la libertad y el debate científico disfrutan de una protección constitucional reforzada, pues aun partiendo del contenido de las libertades de expresión e información, se refiere a hechos del pasado, protagonizados por individuos cuya personalidad se ha ido diluyendo, c) la investigación histórica resulta polémica y discutible debido a que gira alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible que alcance la certidumbre. En este sentido, la doctrina constitucional señala que se trata de una incertidumbre consustancial al debate histórico que representa lo que este tiene de valor por su papel esencial en la formación de la conciencia histórica en una sociedad libre y democrática, d) en el marco de la investigación histórica, la libertad de información comporta una participación subjetiva del autor; en la manera de interpretar las fuentes y el modo de hacerlo, razón por la cual el artículo 8.1 LO 1/1982 restringe la protección de los derechos de la personalidad (honor, libertad y propia imagen) y prescribe que «[N]o se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas ... cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante» (STC de 23 de marzo de 2004). Por tanto, el Alto Tribunal señala que los pasajes del libro —objeto del litigio— deben valorarse en relación a la totalidad de su texto, con la materia tratada y con periodo histórico investigado, que en este caso reflejan que una de las consecuencias más dolorosas de la Guerra civil fue el enfrentamiento en el seno de las familias y entre los vecinos de un mismo pueblo por razones ideológicas, que son heridas que tardan en curar pero que los tribunales no pueden cerrar imponiendo una sola verdad histórica. Por ello, el Tribunal considera que es indiscutible el valor del libro de transmitir esa dolorosa realidad como rememoración histórica de algo que no debería volver a suceder.

En cuanto a la palabra «chaquetero», el Tribunal Supremo considera que a pesar de su carácter peyorativo, en este caso debe considerarse amparada por la libertad de expresión en virtud, tanto del contexto en el que se pronunció; una investigación histórica sobre hechos conocidos personalmente por la parte demandada, como de los datos comprobados; que reflejaron efectivamente un cambio de bando del personaje en cuestión. (**STS de 20 de marzo de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La señora M demanda al señor J y la editorial E por agresión ilegítima contra el derecho al honor del fallecido padre de la actora, constituida por determinados testimonios recogidos en un libro de investigación histórica sobre huidos, maquis y guerrilleros en el norte de España durante la Guerra Civil y la posguerra. La demandante aduce que el autor, que se había servido de entrevistas personales con vecinos de los lugares de los hechos, había incluido testimonios vejatorios referidos a su padre, en concreto con las expresiones «el hermano era un chaquetero» y «mi hermano está en el monte porque yo no tengo pistola».

En su sentencia de 14 de febrero de 2014, el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Santander desestimó la demanda. El Juzgado estimó que constaba probado que el escritor historiador se dedicó a

realizar 69 entrevistas entre 1995 y 1996 con el fin de documentarse para escribir un libro sobre la guerrilla Cantabria y que preguntaba sobre los guerrilleros, no sobre las familias en concreto. Por otro lado, el Juez consideró que las frases resaltadas por la demandante contienen meros juicios de valor amparados por la libertad de expresión de quien las pronunció, por no contener expresiones insidiosas, impertinentes, vejatorias ni innecesarias dentro del contexto en que se vertieron tales opiniones, pues solo se trataban de opiniones en un contexto de disputa por las diferentes ideologías políticas que habían enfrentado los vecinos del pueblo.

En la sentencia de 28 de enero de 2015, la Audiencia Provincial de Cantabria desestima el recurso. La Audiencia estima que el conflicto que atañe al honor y a las libertades de expresión e información, cuya prevalencia en abstracto solo se justifica, en el caso concreto, tratándose de opiniones o informaciones sobre hechos de interés general, si en su comunicación no se sobrepasa el respectivo fin crítico o informativo dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado y se evitan insultos. La audiencia basó su decisión en la doctrina del Tribunal constitucional de la STC 23 de marzo de 2004.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante. (*I. V. B.*)

4. Derecho fundamental a la propia imagen y revocación del consentimiento.—La revocación del consentimiento (art. 2.3 Ley Orgánica 1/1982) también incide en el derecho a la propia imagen como derecho fundamental, más allá de su aspecto o dimensión puramente patrimonial. Así resulta tanto del carácter esencial atribuido por la Ley Orgánica 1/1982 al consentimiento como de la STC 117/1984, centrada en la relevancia del consentimiento y de su revocación para el derecho a la propia imagen en su dimensión de derecho fundamental.

Por consiguiente, una cláusula contractual contenida dentro de un contrato de cesión de derechos de imagen que prevea que, en el supuesto de terminación del contrato la cesión del derecho seguirá siendo operativa y la misma se entenderá de aplicación cualquiera que sea la causa de terminación del contrato, resulta contraria a la protección legal del derecho a la propia imagen en su dimensión de derecho fundamental. La razón estriba en que la facultad legal de revocar el consentimiento «en cualquier momento» (art. 2.3 Ley Orgánica 1/1982) excluye necesariamente no solo la perpetuidad, sino incluso la sujeción al plazo pactado, por más que en este último caso pueda proceder una indemnización a favor del cesionario. (**STS de 21 de abril de 2016**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—L celebró el 30 de enero de 2008 un contrato de arrendamiento de servicios y cesión de derechos con la sociedad A. En el marco del contrato, S quedaba encargada de promocionar la imagen de L como modelo. A consiguió entonces un reportaje fotográfico para L. Al hacerse ese reportaje, L denunció coacciones e intimidaciones, pues desconocía que las imágenes que se tomarían incluían desnudos. Las fotos y videos se publicaron en la web *www.bellisimas.com* (revista digital de contenido erótico propiedad de

S). Ante ello, sintiéndose víctima de un engaño, el 10 de diciembre de 2008 L revolió el contrato haciendo uso de la facultad que le concedía la cláusula quinta. Pese a la resolución, su imagen siguió divulgándose en televisiones de ámbito local y autonómico en programas de contenido erótico. Mediante burofax de 8 de abril de 2010, L reiteró su voluntad de resolver el contrato, conminando a S a cesar en el uso de su imagen. L envió un segundo burofax a la sociedad TV, de cuyo contenido dio traslado a S. S contestó que había dado órdenes a esta segunda entidad de retirar de la difusión televisiva el material.

El 14 de julio de 2010, L demandó a S y a la sociedad TV solicitando tanto la nulidad por vicios del consentimiento del contrato de cesión, como la protección de sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. L consideraba que sus derechos al honor y a la propia imagen habían sido infringidos por la comercialización, sin su consentimiento, de unas fotografías en las que aparecía desnuda o semidesnuda. S se opuso a la demanda alegando, entre otras cosas, (i) que la demandante no había sido víctima de error o engaño, pues ya tenía experiencia en trabajos eróticos y pornográficos y conocía la actividad que la demandada realizaba a través de su web; (ii) que antes de firmar el contrato se le dieron todo tipo de explicaciones sobre el funcionamiento del servicio; y (iii) que los términos del contrato eran claros, habiendo consentido L que se realizara la sesión de fotos, incluyendo desnudos, y cedido voluntariamente los derechos de explotación de tales imágenes. La sociedad TV también se opuso a la demanda alegando, entre otros puntos, que en el contrato se establecía que la cesión de derechos continuaría siendo operativa pese a la terminación del vínculo contractual por cualquier causa.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y declaró tanto la nulidad del contrato por vicios del consentimiento (error y dolo) como la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante.

En segunda instancia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de S y totalmente el de TV. La Audiencia desestimó la acción de nulidad del contrato y la vulneración de los derechos fundamentales invocados. Sin embargo, la Audiencia declaró la nulidad, por abusiva, de la cláusula séptima del contrato en relación con la cláusula segunda en virtud de los artículos 1.256 y 1.300 CC, el principio de buena fe (art. 1.258 CC) y el necesario equilibrio de la contratación). Como consecuencia, S debía cesar en la difusión de la imagen de L, por cuanto su mantenimiento supondría que la demandada podría seguir usando y divulgando la imagen de la demandante de por vida.

Contra la sentencia de la Audiencia, L interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

5. Responsabilidad de los motores de búsqueda por la publicación de datos personales.—Según el artículo 2.d) de la Directiva 1995/46/CE, de 24 de octubre, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, el respon-

sable del tratamiento será la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales. Dicho responsable del tratamiento debe responder de los daños y perjuicios causados por un tratamiento automatizado de los datos personales que no respete las exigencias de la normativa sobre protección de datos y carezca de cobertura jurídica. Además, dado que la Directiva tiene como objetivo garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, el concepto de «responsable del tratamiento de datos» no puede ser objeto de una interpretación restrictiva.

Lo mismo cabe decir del concepto de «tratamiento de datos» del artículo 2.b). Cuando se explora Internet de forma automatizada, constante y sistemática en busca de información, la gestión de un motor de búsqueda recoge tales datos, extrayéndolos, registrándolos y organizándolos posteriormente en el marco de sus programas de indexación, que después los comunican a los usuarios en forma de listas de resultados de búsquedas. Estas operaciones constituyen un tratamiento de datos en el sentido de la Directiva. No es relevante, a estos efectos, que el gestor del motor de búsqueda también realice las mismas operaciones con otros tipos de información y no distinga entre éstos y los datos personales.

Derecho a la intimidad versus derecho a la información.—Hay que hacer una ponderación entre el ejercicio de la libertad de información y el respeto a los derechos de la personalidad, fundamentalmente el derecho a la intimidad personal y familiar. Los elementos a tener en cuenta para realizar esta ponderación son dos: 1) el potencial ofensivo que para los derechos de la personalidad tenga la información publicada; 2) el interés público en que esa información aparezca vinculada a los datos personales del afectado en una búsqueda hecha en un buscador como Google. Por ejemplo, que la sociedad pueda estar adecuadamente informada sobre los indultos otorgados por el Gobierno a personas condenadas por sentencia firme, la identidad de esas personas y los delitos que habían cometido, responde a un interés público, enlazado con el derecho a la libertad de información, que justifica el tratamiento inicial de los datos que supone indexar las páginas web donde tales indultos son publicados y mostrarlos en la página de resultados de un buscador generalista de Internet.

Ahora bien, un tratamiento de datos que es lícito inicialmente puede, con el paso del tiempo, dejar de serlo y provocar un daño desproporcionado al afectado. Apunta el Tribunal Supremo que el factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los principios de calidad de datos (adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud) no sólo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo en que se produce ese tratamiento.

El derecho al olvido digital.—Según el Tribunal Supremo, no puede exigirse al gestor de un motor de búsqueda que, por su propia iniciativa, depure datos personales, porque ello supondría un sacrificio desproporcionado para la libertad de información, a la vista de la ingente cantidad de información objeto de procesamiento y tratamiento por esos motores de búsqueda. Pero sí puede exigírsele que dé una respuesta adecuada a los afectados que ejerciten sus derechos de cancelación y oposición al tratamiento de datos, y que cance-

le el tratamiento de sus datos personales cuando haya transcurrido un período de tiempo que haga inadecuado el tratamiento, por carecer las personas afectadas de relevancia pública, y no tener interés histórico la vinculación de la información con sus datos personales.

Entiende el Tribunal Supremo que el llamado «derecho al olvido digital» no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos. Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas o posicionando a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet. Sin embargo, sí ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse a un tratamiento de sus datos personales, sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad. (STS de 5 de abril de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Una serie de buscadores de Internet habían enlazado a páginas del BOE donde se publicaban datos personales del demandante. En particular, la resolución por la que se le concedió un indulto de la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento, tras haber sido condenado como autor de un delito. Aunque habían pasado casi diez años de la resolución mencionada, los datos seguían apareciendo en las listas de resultados de los buscadores cuando se introducían el nombre y los apellidos del actor. Con carácter previo al proceso, el Director de la AEPD, en base a una reclamación formulada, dictó en 2010 una resolución sobre la reclamación del demandante contra BOE, Google y Yahoo. Se estimaba la reclamación formulada y el derecho de oposición ejercido contra Google e instaba a esta entidad para que adoptara las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitara el acceso futuro a los mismos. Lo mismo respecto de Yahoo, si bien esta entidad ya había empezado a adoptar medidas para evitar la indexación de los datos. Desestimaba la reclamación formulada contra el BOE.

Tras esta resolución, el afectado interpuso demanda en 2011, donde solicitaba: a) que se declarara que los demandados habían cometido una intromisión en sus derechos a la intimidad personal y familiar, a la imagen y al honor; b) que se les ordenara retirar la información personal de las indexaciones y caches en que constaba publicado el RD por el que se indultaba al demandante por un delito cometido en 1981 y que, en adelante, se prohibieran y cesaran las indexaciones; c) el pago de una indemnización por los daños morales y económicos sufridos. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, por entender que la acción de protección frente a las intromisiones ilegítimas, establecida en la LO 1/1982, había caducado por el transcurso del plazo de cuatro años desde que el legítimo pudo ejercerla (desde antes de 2007).

El demandante apeló la sentencia. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso. En primer lugar, revocó el pronunciamiento que estimaba la caducidad de la acción, al considerar que el plazo de caducidad no se habría iniciado hasta que los buscadores no hubieran cesado de publicar los datos personales del demandante en las búsquedas hechas por los internautas. A continuación, consideró que los buscadores, al enlazar al usuario de Internet con el contenido del BOE, afectaban a los derechos al honor y a la intimidad, pero no al derecho a la propia imagen. No obstante, según la Audiencia, el núcleo de la controversia lo constituía la responsabilidad de las demandadas por el daño causado por la infracción del derecho a la protección de datos. Desestimó las reclamaciones contra Telefónica y Yahoo. Respecto de la reclamación de Google, la Audiencia consideró al motor de búsqueda responsable del tratamiento de los datos personales del demandante. La aparición de un indulto concedido en 1999 en la lista de resultados de un buscador de Internet en el año 2010 no se ajustaba a los principios que rigen el tratamiento automatizado de datos personales. Declaró que Google, a partir de la decisión de la AEPD de 19 de enero de 2010, que estimó la reclamación del demandante contra Google, debía conocer la antijuricidad de su conducta y, sin embargo, continuó presentando el enlace a la página web del BOE donde aparecía el real decreto del indulto durante varios meses. No obstante, la Audiencia también señaló que el incumplimiento de la normativa de protección de datos no implica automáticamente un daño indemnizable. No entendió producidos daños patrimoniales, pero sí daños morales.

Contra la sentencia de la Audiencia han recurrido tanto el demandante como Google Spain. Comenzando por este último, alegó el buscador que no tiene legitimación pasiva porque no es la responsable del buscador donde se indexa la información litigiosa, sino que lo es Google Inc. El Tribunal Supremo comienza afirmando la legitimación pasiva de Google Spain, al entender que la Directiva 1995/46/CE contiene un concepto amplio de «responsable del tratamiento». Y destacó, a estos efectos, el apartado 46 de la sentencia del TJUE del caso Google, donde se afirmó que, aunque no está probado que Google Spain realice en España una actividad directamente vinculada a la indexación o al tratamiento de la información o de datos contenidos en los sitios de Internet de terceros, sin embargo, la actividad de promoción y venta de espacios publicitarios, de la que Google Spain es responsable para España, constituye la parte esencial de la actividad comercial del grupo Google y puede considerarse que está estrechamente vinculada a Google Search.

La segunda alegación que hace Google en su recurso es la infracción del artículo 20.1.d) CE, por la falta de ponderación entre el derecho a la protección de datos y el derecho de acceso a la información. En este sentido, señala Google que la publicación del indulto en el BOE viene impuesta por la Ley. Al tratarse de una fuente de acceso público, la indexación de los datos personales del demandante por parte de Google no necesita su consentimiento y, por tanto, el afectado no puede oponerse al tratamiento automatizado que supone la indexación de sus datos personales. Alega tam-

bién que el derecho al olvido no es un derecho ilimitado, sino que debe ceder ante el interés preponderante del público en tener acceso a la información. El Tribunal Supremo indica, a este respecto, que la mención de los datos personales del demandante y el delito que había cometido en la resolución publicada en el BOE en el que se concedía el indulto, y la posibilidad de que tales datos fueran indexados por los buscadores de Internet y comunicados a los internautas, no puede considerarse que fuera contrario a la normativa de protección de datos personales. La afectación que ello supone al honor y la intimidad de la persona indultada debe ser soportada por ésta porque así lo exige el derecho a la información. Sin embargo, una vez transcurrido un plazo de tiempo razonable, el tratamiento de datos deja de ser lícito porque es inadecuado para la finalidad con la que se hizo dicho tratamiento. Y señala el Alto Tribunal que la gravedad del daño que se le causa al afectado, que muchos años después todavía debe sufrir el estigma social de haber sido condenado por un delito, no encuentra justificación en el ejercicio de una libertad de información como la que supone la actividad de un buscador de Internet, cuando el interés público de la información se ha visto considerablemente mermado por el transcurso de un extenso período de tiempo.

A continuación, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación planteado por el demandante, que lo desestima en su integridad. En lo que aquí interesa, alega la dificultad de cuantificar el daño moral y que deben considerarse indebidamente aplicados los criterios del artículo 9.3 LOPH. Además, afirma que dado que los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos personales tienen carácter autónomo, la sentencia de la Audiencia debió diferenciar el perjuicio causado a cada uno de ellos. El Tribunal Supremo entiende que la indemnización concedida (8.000 €) no es simbólica y se ajusta a los daños producidos. En cuanto a la independencia de derechos, señala el Alto Tribunal que la conducta ilícita es una y el daño moral causado es también único. Pese a que la ilicitud provenga de la vulneración de varios derechos, se trata de un concurso ideal con relación a una sola conducta y a un único resultado lesivo que debe ser indemnizado conjuntamente. El precepto alegado no exige que se fijen indemnizaciones diferentes por cada uno de los derechos vulnerados. En todo caso, proceder de este modo no supondría una indemnización total superior a la fijada por la Audiencia. Fuera de lo anterior, el recurrente alega toda una serie de errores en la valoración de la prueba, siendo todos desestimados por el Tribunal Supremo, al entender que los mismos no pueden ser alegados en un recurso de casación.

NOTA.—El famoso caso Google fue resuelto por el TJUE en sentencia de 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12). Sobre el derecho al olvido digital, *vid.* también la STS de 15 de octubre de 2015 y el artículo de la profesora Gemma Minero Alejandre «Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea», publicado en el *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, vol. L, 2017, pp. 13-58. En relación a la protección de los datos de carácter

personal frente al derecho a la información, *vid.* igualmente la sentencia del TJUE de 18 de septiembre de 2014, sobre el caso Brunet. (S. L. M.)

6. Incapacitación: Privación en la sentencia judicial del derecho de sufragio activo: Prueba.—El recurso de casación se formula contra el pronunciamiento que priva a D.^a Rosalía del derecho de sufragio activo como consecuencia de la discapacidad que ha sido reconocida y declarada en la sentencia que ahora recurren en casación sus padres, con un motivo único, por oposición a la jurisprudencia de esta Sala contenida en las Sentencias de 30 de junio y 30 de septiembre de 2014, e infracción de la Convención de Nueva York en cuanto prohíbe toda discriminación por motivos de discapacidad y garantiza a todas las personas en esta situación protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo (art. 5. 1 y 2). Se alega que en el examen de la forense no fueron observadas todas las normas contenidas en la Convención (art. 12) puesto que se le preguntaron que mencionara los partidos políticos en lugar de enseñar unos pictogramas con las siglas y preguntar a su hija si reconocía a esos partidos, y puesto que su voluntad es acudir a las elecciones y con ello conservar su dignidad al poder tomar sus propias decisiones, conforme al artículo 29 de la Convención, debiendo casarse la sentencia.

No se discute que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. Lo que se cuestiona es de qué manera se encuentra afectada doña Rosalía para adoptar la medida que sea más favorable a su interés y cómo puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de N. Y., respecto de la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención, concretado en la privación del derecho de sufragio, respecto del cual esta Sala en sentencia de 24 de junio de 2014 ya alertó sobre el riesgo de no reconocer y potenciar en lo posible la capacidad acreditada en cada caso, «más allá de la rutina protocolar», evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal de la persona en situación de discapacidad.

El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1.b) y 2 de la Ley de 19 julio 1985, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de este estado, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal.

La decisión de privación del derecho de sufragio activo es, por tanto, legalmente posible y compatible con la Convención de N. Y., sin perjuicio

de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada, como advierte la sentencia recurrida.

Ocurre en este caso, a diferencia del supuesto resuelto en el recurso de casación que dio lugar a la STS de 24 junio 2013, que tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de apelación no han actuado «de forma rutinaria o con inadvertencia hacia este aspecto concreto», antes al contrario, dicha persona fue objeto de atención específica, provocando que se formularan preguntas concretas de interés sobre el mismo, en las varias sesiones en que estuvieron con ella. «Constan –señala la recurrida– datos plenamente relevantes como que su nivel de competencia curricular sea el 1.º ciclo de educación primaria (de 6 a 8 años), su desconocimiento casi total del valor del dinero o de conceptos legales básicos, su carencia casi total de conocimientos políticos (ignorancia sobre los partidos políticos o sobre el contenido de las elecciones) o su falta de capacidad para adoptar decisiones elementales (cuestión relativa al incendio), que llevan a estimar soportada por prueba suficiente la decisión restrictiva adoptada en la sentencia recurrida, al carecer la demandada de las aptitudes básicas necesarias, con arreglo a los criterios expuestos para ejercer el derecho de sufragio. Dados los intereses en juego no se hace especial declaración en cuanto a las costas causadas por el recurso. (STS de 17 de marzo de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.–El interés aplicativo de la Convención de 2006 se va difundiendo entre nosotros, no sólo su neo-terminología sino su aplicación teleológica por parte de los Tribunales, sin perjuicio de que algunos lamenten su lentitud. En el presente caso resulta evidente la atención específica que se prestó al tema objeto del recurso desde las iniciales fases del procedimiento de modificación de capacidad de la afectada. La negación de tal derecho aparece en los autos debidamente fundamentado, y por tanto es rechazado el recurso interpuesto por los padres. (G. G. C.)

7. Ineficacia de los actos de disposición efectuados por guardador de hecho de presunto incapaz.–Conforme a la jurisprudencia es claro la tesis de la nulidad de pleno derecho o absoluta de los contratos y actos jurídicos celebrados por incapaces no incapacitados, por falta de consentimiento (SSTS de 21 de marzo 1952, 27 de marzo 1963 y STS de 4 de abril de 1984). Asimismo, la jurisprudencia reciente acogió la tesis de nulidad absoluta o inexistencia del contrato (SSTS de 4 de mayo de 1998 y 19 de noviembre de 2004) con base en los artículos 1261 y 1263 CC.

Sin embargo, el Alto Tribunal encuentra que el problema jurídico en este caso no versa sobre la nulidad o no de los actos de disposición (unas pretendidas donaciones por parte del guardador), sino que el problema versa sobre la interpretación del artículo 304 CC, conforme al cual no se imputan los actos hechos por el guardador en interés del menor o presunto incapaz si

redundan en su utilidad. Al respecto, el Tribunal considera que la respuesta no debe ser distinta a la que han dado a los casos de contratos o actos jurídicos realizados por los padres o tutores de menores de edad o incapacitados en nombre de éstos sin contar con la preceptiva autorización judicial. Conforme a la doctrina jurisprudencial (STS de 22 de abril de 2010 y 8 de julio de 2010) a estos casos se aplica lo dispuesto en el artículo 1259 CC, y se elimina la tesis de la anulabilidad, acogida por algunas resoluciones antiguas de este Tribunal (STS 10 de marzo de 1994, aplicaba el art. 304 CC). Por tanto, el Alto Tribunal establece que la norma del artículo 304 CC es un precepto excepcional por violentar el artículo 1259 CC, que es la norma general para los actos realizados por el guardador de hecho que no sean en interés del menor o presunto incapaz o que no redunden en su utilidad. En cuanto la nulidad, señala que, salvo ratificación (art. 1259 II), no está sujeta a plazo de caducidad alguno. **(STS de 17 de marzo de 2016; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—La señora A, en calidad de heredera de la señora B, demanda a los señores L y S para que se les condene a restituir las cifras de dinero correspondientes a ciertos actos jurídicos celebrados por el señor L en calidad de guardador de la señora B, por considerarse nulos, debido a que la señora B padecía una enfermedad que la hacía incapaz y a que tales actos también constituyen apropiación ilícita.

En su sentencia de 6 de junio de 2013, el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Majadahonda estima la demanda. El Juzgado declaró la nulidad de la disposiciones de numerario (mediante cheque, transferencia y en efectivo) realizadas con cargo a la señora B y la restitución de ciertas cantidades por parte de los codemandados. El Juzgado en cuanto a la capacidad de obrar de la señora B, consideró que si bien la capacidad se presume y la incapacidad debe ser probada de modo evidente y completo, incumbiendo la prueba a quien sostiene la falta de capacidad, en el caso concreto se puede afirmar sin duda alguna que, a fecha de su ingreso a la residencia, la fallecida señora B tenía mermadas su capacidad de decisión y autogobierno, que motivaron que tuviera que autorizarse judicialmente su internamiento no voluntario. Por tanto, el Juzgado considera que no es preciso que exista una declaración judicial de incapacidad para que el acto sea nulo si el sujeto que lo realiza carece de capacidad natural para llevarlo a cabo.

La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 25 de junio de 2014, desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados. La Audiencia considera que la incapacidad para prestar el consentimiento por parte de quien padece demencia senil da lugar a la inexistencia de consentimiento, lo que en efecto genera la nulidad de pleno derecho del acto dispositivo. La Audiencia aclara que no se trata de un vicio del consentimiento (art. 1300 CC), sino de que este acto es inexistente (STS de 19 de noviembre de 2004).

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por los demandados y confirmó la sentencia se la Audiencia. El Alto Tribunal encontró que no constaba que ninguno de los actos de disposición impugnados hechos por el guardador se emplearan en utilidad de la señora B y que tampoco consta ni se acredita que

ninguno de estos movimientos se realizara o redundara en beneficio de la señora B. (I. V. B.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

8. Utilización de las reglas del baremo y daño moral.—La utilización de las reglas del baremo como criterios orientadores para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal no ocasionado por un hecho de la circulación (de un vehículo motor), no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño corporal; requisito, este último que eliminaría por hipótesis la posibilidad de una doble indemnización por el mismo daño moral. Por tanto, la indemnización del daño moral no consecuencia del daño corporal es posible, se realiza al margen del baremo y atiende a las situaciones de agonía, zozobra, ansiedad o estrés que sufran las víctimas. (STS de 8 de abril de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—El caso se enmarca en las reclamaciones de indemnizaciones por daños y perjuicios llevadas a cabo por 22 pasajeros del crucero Costa Concordia, que encalló frente a las costas de Italia. Las 22 personas eran miembros de una asociación de afectados por el naufragio, que interpuso demanda contra la compañía Costa Crociere, S. P. A (en adelante, «Costa»). En esa demanda se solicitaba, para cada uno de los pasajeros, una indemnización de 80.000 euros en concepto de daño moral, por la gravísima preocupación, zozobra, angustia y estrés que padecieron durante la noche del naufragio del crucero. Además, para 13 de los 22 demandantes se solicitaba una indemnización de 37.000 euros por tratamiento médico prolongado, por baja laboral de más de 3 meses y secuelas leves. Finalmente, para otros 4 de los 22 demandantes, se interesaba una indemnización de 74.000 euros por tratamiento médico prolongado, baja laboral de más de 3 meses y secuelas graves. En su contestación a la demanda, Costa solicitó que se aplicase el «Sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a personas en accidentes de circulación», que, hasta su reforma por la Ley 35/2015, figuraba como anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que aprobó el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor.

El Juzgado de Primera Instancia condenó a Costa a pagar a la asociación demandante a pagar como indemnización 15.000 euros por cada uno de los 22 pasajeros. En su resolución, el Juzgado consideró que, dada la pérdida de vidas humanas, así como la entrada en vigor del Reglamento CE 392/2009 que ha elevado considerablemente los límites por indemnización, la suma de 15.000 euros resultaba ajustada al caso. Dentro de dicha suma quedaba comprendida la indemnización por incapacidad permanente.

La asociación recurrió la sentencia de instancia solicitando aumentar la cantidad a 60.000 euros por pasajero. La Audiencia estimó parcialmente el recurso y condenó a Costa a pagar 12.000

euros a cada uno de los 22 pasajeros por los daños morales provocados por la zozobra, angustia, estrés y ansiedad vividos durante la noche del naufragio. La Audiencia sostuvo que no debe considerarse incompatible utilizar el baremo como referencia a título orientativo para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a personas como consecuencia del daño corporal; y valorar como partida independiente y por separado los daños morales sufridos por los pasajeros en la noche del naufragio.

Contra la sentencia de la Audiencia, la asociación interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

9. Concurso de acreedores. Calificación: limitación del ámbito de conocimiento de la sección de calificación reabierta por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio a la imputabilidad de la frustración de su cumplimiento al deudor concursado. Fijación de doctrina legal.—La reapertura de la sección de calificación del concurso por incumplimiento o imposibilidad de cumplir el convenio de contenido gravoso para los acreedores no permite enjuiciar la culpabilidad por cualquiera de las causas o motivos regulados en los artículos 164 y 165 LC. De acuerdo con el artículo 167.2 LC la sección de calificación reabierta únicamente podrá tener por objeto las causas del incumplimiento del convenio y las posibles responsabilidades a que hubiere lugar. Ello se fundamenta en que la aprobación judicial de un convenio de contenido gravoso para los acreedores (por contener para todos ellos o para los de una o varias clases una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años) conlleva la apertura de la sección de calificación (art. 167.1 LC). Y esta apertura inicial permite examinar con anterioridad al incumplimiento del convenio los motivos de culpabilidad previstos en los artículos 164 y 165 LC, salvo lógicamente el establecido en el artículo 164.2.3.º LC atinente a las causas de dicho incumplimiento (STS de 12 de febrero de 2013). La sentada limitación del ámbito de conocimiento de la sección de calificación reabierta opera tanto en los supuestos de incumplimiento del convenio como en los de imposibilidad de cumplirlo, a pesar de que el artículo 167.2 LC sólo se refiere expresamente a los primeros. Lo contrario no estaría justificado porque colocaría en peor situación al deudor que solicita la apertura de la liquidación ante la constatación de la imposibilidad de cumplir frente al que espera a la verificación del incumplimiento y a dicha apertura a instancia de los legitimados para ello. El retraso del deudor en la solicitud de la liquidación ante la imposibilidad de cumplir el convenio no se encuentra previsto legalmente como causa de culpabilidad del concurso, ni resulta trasladable al artículo 165 LC que tipifica como tal el retraso en la solicitud de declaración del concurso. Este precepto no puede aplicarse de manera extensiva dadas las consecuencias negativas de la calificación de culpabilidad (analogía *in malam partem*), y además se conecta con el artículo 5.1 LC que sujeta a plazo la obligación del deudor de solicitar la declaración del concurso, sujeción que no se predica de la de instar la liquidación contemplada en el artículo 142 LC. Aún más, la LC no prevé la declaración de oficio del concurso, y en cambio el artículo 143 LC posibilita la apertura de oficio de la fase de liquidación. (STS de 13 de abril de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El Juzgado de lo Mercantil aprobó un convenio que suponía una quita del 32,5% del importe de los créditos y una espera de seis años, por lo que conforme al artículo 167.1 LC acordó la apertura de la pieza de calificación del concurso, que sería archivada a raíz de los informes de la Administración Concursal y del Ministerio Fiscal que lo calificaron como fortuito. Al cabo de unos años la entidad concursada, ante la imposibilidad de cumplir el convenio, solicitó la liquidación de su patrimonio, que fue acordada por el Juzgado con la consiguiente reapertura de la sección de calificación archivada, de acuerdo con el artículo 167.2 LC. En ese momento tanto la Administración Concursal como el Ministerio Fiscal solicitaron la declaración del concurso como culpable con fundamento, entre otros motivos, en la comisión de unas irregularidades contables con anterioridad a la aprobación del convenio; así como la condena como responsables de tres personas (entre ellas, el administrador de derecho de la concursada y su administrador de hecho) con cobertura total de créditos. El Juzgado de lo Mercantil conforme al artículo 167.2 LC se limita a enjuiciar en tal sección las causas de incumplimiento del convenio, y llega a la conclusión de su inviabilidad originaria. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal al declarar culpables a los administradores de derecho y de hecho de la concursada con condena a la cobertura parcial de créditos. La Audiencia Provincial, a diferencia del Juzgado de lo Mercantil, tomó en consideración las referidas irregularidades contables anteriores a la aprobación del convenio. El administrador de derecho y el administrador de hecho interponen sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo casa la sentencia y con asunción de la instancia, tras limitar el ámbito de conocimiento de la sección de calificación reabierta al análisis de las causas de imposibilidad de cumplimiento del convenio, desestima el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal al llegar a idénticas conclusiones que el Juzgado de lo Mercantil.

NOTA.—El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por el administrador de derecho de acuerdo con la redacción vigente al momento de la reapertura de la sección de calificación de los artículos 167.2, 168.2 y 169.3 LC, que resulta ser la originaria. El primero de los preceptos en su redacción actual (tras reformas realizadas por el RD Ley 3/2009, de 27 de marzo y la Ley 38/2011, de 10 de octubre) continúa limitando el alcance de la sección de calificación reabierta por incumplimiento del convenio a la determinación de sus causas y las responsabilidades a que hubiera lugar. El segundo mantiene (tras modificaciones operadas por las mismas normas) la restricción del escrito de los interesados en la calificación reabierta a la determinación de las causas referidas. Por su parte el artículo 169.3 LC no ha sufrido modificación alguna. (*F. S. N.*)

10. Concurso de acreedores. Resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Artículo 61.2 LC: restitución e indemnización de daños y perjuicios. Solo cuando se acredite

efectivamente la existencia del perjuicio y el contrato no contenga otras previsiones al respecto.—La indemnización de los daños y perjuicios con cargo a la masa no es una consecuencia necesaria e ineludible de la resolución del contrato por convenir al interés del concurso. Es necesario realizar un enjuiciamiento tanto fáctico como jurídico para valorar si, aplicando la regulación contractual establecida en el contrato a las circunstancias fácticas concurrentes, la resolución que resulta del régimen excepcional contenido en el artículo 61.2 LC determina la procedencia de indemnizar daños y perjuicios y si, efectivamente, tales daños y perjuicios se han producido. La resolución contractual prevista en el segundo párrafo del artículo 61.2 LC tan solo prevé una nueva causa de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, pero no equipara esta resolución con la causación de un daño indemnizable al contratante no concursado, ni excepciona las reglas que deben aplicarse para determinar si existe daño y si existe responsabilidad. De ahí que la resolución por conveniencia del interés del concurso no determina necesariamente la procedencia de indemnización; y en tanto la disciplina contractual de la responsabilidad de los contratantes y de la restitución del anticipo del precio no resulta excluida por el artículo 61.2 LC, el criterio seguido por la sentencia recurrida, al acudir a la regulación contractual para decidir los efectos económicos de la resolución del contrato, ha sido correcto. **(STS de 18 de marzo de 2016; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—La mercantil DCW, S. L., declarada en concurso, presentó demanda contra WC, A. G. en la que solicitaba, en interés del concurso, la resolución del contrato de suministro que tenía concertado con la demandada proveedora, la devolución de los dos millones de euros que, en concepto de anticipo, le había entregado en su día y que se declarara que no había lugar a indemnizar a la demandada por daños y perjuicios. WC, A. G. no se opuso a la resolución combatiendo solo la devolución del anticipo y solicitando una indemnización de siete millones de euros en concepto de lucro cesante. El Juzgado de lo Mercantil acordó la resolución contractual instada y, de acuerdo con las estipulaciones del propio contrato, entendió procedente la devolución del anticipo así como que no procedía el abono de la indemnización pedida ya que en el convenio se preveía la exención de responsabilidad al contratante que no pudiera dar cumplimiento a sus obligaciones por causas que se encontraran más allá de su control razonable; lo que entendió que se producía a consecuencia de circunstancias exógenas que habían determinado la crisis de la concursada, debido a la extraordinaria bajada del precio del producto que vendía la concursada y que provocó una gran desproporción entre el precio convenido con la suministradora y el que alcanzaba el producto en el mercado poco después de formalizarse el contrato, por debajo de la mitad del que había pactado con la demandada. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. *(L. A. G. D.)*

11. Derecho concursal. Créditos con privilegio especial. Significado del inciso final del artículo 91.1.6.^a LC (redactado conforme la Ley 38/2011, de 10 de octubre). Interpretación literal del precepto: se refiere a la prenda en garantía de créditos futuros sin incluir a la prenda de créditos futuros.—La Ley 38/2011 introdujo una mención especial relativa a los créditos futuros, pero en unos términos que ha generado confusión o cuando menos un equívoco. Así, el número 6.^a, apartado 1, del artículo 91 LC se refiere a la prenda en garantía de créditos futuros. Como muy bien advierte la doctrina, una cosa es la «prenda de (o sobre) créditos futuros» y otra la «prenda en garantía de créditos futuros». En el primer caso, se refiere a los créditos objeto de la garantía, mientras que en el segundo a los créditos garantizados con la prenda. Siendo dos realidades jurídicas distintas, no hay razón para separarse de la interpretación literal del precepto y entender que la apostilla introducida con la Ley 38/2011 se refiere a la prenda de (sobre) créditos futuros. Con este añadido legal, se regula la prenda en garantía de créditos futuros, tal y como se desprende del tenor literal del precepto y lo corroboran las menciones posteriores. Así, la mención que hace la norma de que se reconocerá el privilegio respecto de los créditos nacidos después de la declaración de concurso cuando en virtud del artículo 68 LC se proceda a su rehabilitación, tiene sentido si, bajo la interpretación literal del precepto, entendemos que se refiere a la «prenda en garantía de créditos futuros», pues está pensando en créditos posteriores a la rehabilitación de un contrato de préstamo o cualquier otro crédito en virtud del artículo 68 LC, acaecida con posterioridad a la declaración de concurso. Sin embargo, no lo tiene si al comienzo de la frase sustituyéramos la expresión «prenda en garantía de créditos futuros», por «prenda sobre créditos futuros», porque estos créditos objeto de rehabilitación necesariamente son créditos de un tercero frente al deudor concursado, y no créditos del deudor concursado frente a un tercer deudor. La salvedad referida a los créditos posteriores a la declaración de concurso «cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación» guarda relación con la dicción literal del precepto, esto es, con la «prenda en garantía de créditos futuros».

Efectos de la cesión anticipada de créditos *pro solvendo* en el concurso de acreedores. Doctrina jurisprudencial.—Las SSTs de 22 de febrero de 2008 y 6 de noviembre de 2013 admitieron la validez de la cesión de los créditos futuros, que pasan al cesionario sin integrarse en la masa activa del concurso, al menos, en los casos en que, al tiempo de la declaración del concurso, se hubiera celebrado ya el contrato o estuviere ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada. Es estos supuestos, el crédito en cuestión nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio.

Créditos garantizados con prenda sobre créditos futuros Requisitos para otorgarle la condición de créditos con privilegio especial del artículo 91. 1. 6.^a LC. Aplicación de la doctrina sobre la cesión de créditos *pro solvendo*.—Si se admite la validez de la cesión de créditos futuros y su relevancia dentro del concurso de acreedores, bajo las mismas condiciones deberíamos reconocer el privilegio especial del artículo 90.1. 6.^o LC a la prenda de créditos futuros siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviere ya constituida la relación jurídica fuente de los créditos futuros pignorados. (STS de 18 de marzo de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En septiembre de 2008, una entidad bancaria concedió un crédito a una entidad mercantil para financiar la compra y puesta en funcionamiento de una instalación fotovoltaica de producción de energía eléctrica. Dicho préstamo fue afianzado. En el 2010, en garantía del crédito, mediante póliza intervenida por notario, se constituyó una prenda de derechos de créditos correspondiente a la venta y entrega a un tercero de la energía eléctrica producida en las instalaciones fotovoltaicas. Esta pignoración fue notificada al adquirente de la energía mediante diligencia ese mismo año. En 2012, la empresa mercantil deudora del préstamo fue declarada en concurso. El Juzgado de lo Mercantil tan sólo reconoció la clasificación de crédito con privilegio especial respecto de los intereses adeudados, pero no del capital. La Audiencia Provincial confirma el criterio del juzgado. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.—La confusa redacción que la Ley 38/2011 dio al artículo 90.1. 6.º LC originó un debate doctrinal y jurisprudencial en torno a lo que quiso referirse el legislador cuando en el inciso último del mencionado precepto hizo mención a la prenda en garantía de créditos futuros. Una parte de la doctrina entendió que la norma se refería a una prenda de créditos futuros -interpretación correctora- mientras que otros consideraron que regulaba una prenda en garantía de créditos futuros -interpretación literal- (sobre el estado de la doctrina vid., entre otros, PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ, *El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros*, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 20, 2014, págs. 15-42; y REDONDO TRIGO, *Crónica judicial de un despropósito legislativo. El artículo 90.1.6 de la Ley Concursal*, en RCDI, núm. 744, 2014, págs. 1984-2002). En el ámbito judicial también se reflejó la división entre las dos posturas existentes con sentencias que acogieron la tesis correctora de la norma (entre otras, SSAP de Burgos de 18 de enero de 2012, de Valencia de 10 de abril de 2012, de Zaragoza de 23 de enero de 2012 y de Valladolid de 4 de julio de 2013) y resoluciones judiciales a favor de la interpretación literal (SSAP de Barcelona de 17 de mayo de 2012 y 3 de abril de 2014). La STS de 18 de marzo de 2016 se adscribe a la tesis de interpretación literal. Por otro lado, y debido a la falta, en el artículo 90.1. 6.º LC, de una mención específica de la prenda de créditos futuros también se pronunció sobre el alcance de la resistencia de dicha garantía al concurso. Finalmente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ha modificado, otra vez, el artículo 90.1. 6.º LC regulando la prenda de créditos futuros inspirándose en la línea jurisprudencial de la SSTS de 22 de febrero de 2008 y 6 de noviembre de 2013. (C. O. M.)

12. Contrato de compraventa. Retracto de comuneros. Subrogación del retrayente en la entera posición contractual del comprador retraído. La interpretación del contrato ha de hacerse como si hubiese sido redactado por el propio retrayente.—El retrayente, al subrogarse en la posición del comprador inicial se coloca en la entera posición de éste, inclui-

da la redacción del contrato si la hubiera llevado a cabo; de suerte que quien ejercita el retracto no puede alegar que la interpretación no favorable a sus intereses se hace en contra de quien no lo redactó (art. 1288 CC), pues por el retracto se produce una plena subrogación en la posición jurídica ocupada por el inicial comprador.

Obligaciones condicionales. Condición incierta. No tiene este carácter si, al ejercitarse el retracto, se sabía que ya no era susceptible de cumplimiento.—Cuando se ejercita el retracto la recurrente ya conocía que el proyecto era insubsanable, pese a lo cual mantuvo la acción de retracto y la iniciativa tendente a subsanar, iniciar nuevo proyecto o vender. De manera que, cuando la retrayente se subroga en la compraventa, no existe incertidumbre según el artículo 1113 CC, pues se trataba de un hecho perfectamente conocido por aquélla; lo que determina, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1117 CC, la pérdida de la facultad de optar por la resolución. Ya que, si bien cuando se firmó originariamente el contrato de compraventa era incierta la aprobación del proyecto, sin embargo cuando el retracto se estima, dicho suceso ya no era incierto tanto para el primitivo comprador como para la subrogada. **(STS de 30 de marzo de 2016; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Las copropietarias de una parcela suscribieron un contrato con la promotora ABS, S. L., por el que le vendían sus cuotas en la propiedad del inmueble. Se pactó un pago inicial a cada comunera quedando pendiente el resto del precio a la aprobación del proyecto de urbanización de dicha parcela. En el contrato se dispuso que, para el caso de no aprobarse el proyecto, la compradora podía optar por: a) resolver el contrato, con devolución de las cantidades entregadas; b) continuar la compradora con las gestiones necesarias para obtener dicha aprobación. Así las cosas, E. —copropietaria que no había vendido su participación— ejercitó el retracto legal de comuneros y se subrogó en la posición de la empresa adquirente. Cuando ejercitó el retracto E. era concedora de que el proyecto de urbanización no iba a ser aprobado, pese a lo cual constituyó un aval bancario para garantizar el abono de las cantidades pendientes de pago y continuó con las gestiones para obtener las autorizaciones administrativas correspondientes. Tiempo después, y no habiendo logrado la licencia pretendida ni podido vender la parcela en cuestión, canceló el aval. Esto motivó que las vendedoras demandaran solicitando el cumplimiento del contrato de acuerdo con lo pactado y, en concreto, la formalización de un nuevo aval, la fijación de un plazo para el pago y el abono de las cantidades que aún faltaban por pagar. La retrayente se opuso y consideró que, ante la imposibilidad de obtener la autorización administrativa para urbanizar por causa no imputable a la compradora, procedía, de acuerdo con las cláusulas del contrato, la resolución del mismo. Tanto el Juzgado como la Audiencia consideraron que la retrayente había optado por la continuación del contrato, al seguir desarrollando las gestiones para la urbanización de la finca, de manera que no procedía la resolución alegada sino el pago de la cantidad restante sin que tuviese derecho a plazo puesto que la cancelación del aval había determinado la

pérdida de este beneficio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1129.3.º CC. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demandada. (*L. A. G. D.*)

13. Compraventa de vivienda: Pacto de que el comprador abone el IVA: Jurisprudencia que declara su carácter abusivo antes de la Ley de 29 de diciembre de 2006.—El motivo único se formula por vulneración del artículo 10 bis de la Ley de de 19 julio de 1984, y debe ser estimado por considerarse abusiva la cláusula contractual según la cual todos los gastos, honorarios, impuestos y arbitrios de cualquier índole que se deriven o se relacionen con el presente contrato elevado a escritura pública el 8 de marzo de 2005, ratificando lo pactado en el documento de reserva de 17 de diciembre de 2002, serán a cargo del comprador, incluso el impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Y ello por las siguientes razones: i) Porque, conforme al principio de la buena fe produce desigualdad de la parte vendedora frente a la adquirente y desequilibrio en el contenido económico del contrato. ii) El impuesto que grava el incremento del valor y se pone de manifiesto al tiempo de la transmisión, es al transmitente a quien se le impone su pago puesto que es quien percibe el aumento de valor, sin que tal plusvalía genere beneficio alguno para el comprador, desequilibrio que destaca la jurisprudencia. iii) Existe una jurisprudencia consolidada (algunas sentencias relativas a la misma entidad promotora que interviene en este caso), que declara abusiva esta cláusula que traslada al comprador un importe que corresponde al vendedor (así SSTS de 25 de noviembre de 2011, 12 de marzo de 2014 y 22 de octubre de 2014). Y iv) a modo de interpretación y no de aplicación pues no cabe su retroactividad, la Ley de 29 de diciembre de 2006, declaró abusiva la estipulación que ahora se discute. Consecuencia de su carácter abusivo, que aquí se reitera, debe declararse su nulidad, tal como dispone el mencionado artículo 10 bis, apartado 2, de LGDCU de 1984. (**STS de 17 de marzo de 2016**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.] (*G. G. C.*)

14. Compraventa de vivienda en construcción: Incumplimiento del plazo de entrega: Interpretación.—El contrato de compraventa contenía la cláusula quinta del siguiente tenor: «La vivienda será entregada a la parte compradora en el mes de diciembre del año 2007 y siempre que el comprador haya cumplido la totalidad de las obligaciones que le incumben.—Con la entrega de las llaves se considera consumada la compraventa no pudiendo la parte compradora hasta tanto no haya satisfecho totalmente el precio definitivo a la parte vendedora, ceder en todo o en parte ningún derecho a terceros sin el consentimiento escrito de la parte vendedora, según disponen los artículos 1203 y siguientes CC. El incumplimiento de esta obligación será causa de resolución del contrato en la forma que se acuerda en la estipulación séptima.—El acto de entrega de la vivienda se haría coincidir con el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, y en ella se garantiza el precio aplazado a elección de la parte vendedora, bien con hipoteca o bien con la condición resolutoria explícita que se establece en la estipulación séptima.—La escritura se firmará a favor de la parte compradora o de la persona física o jurídica que esta designe». La licencia de primera ocupación fue obtenida el 10 de septiembre de 2008, casi nueve meses después de la fecha de entrega pactada. La parte compradora no atendió ninguno de los pagos trimestrales. No obstante, con fecha 22 de noviembre de 2007 facturó trabajos realizados

a la vendedora (suministro de material) por importe total de 15.102,80 euros. Con fecha 22 de junio de 2009 la parte vendedora dirigió un burofax a la compradora requiriéndola para el otorgamiento de escritura pública y para el pago de las cantidades adeudadas. La parte compradora contestó el 25 de junio de 2009 alegando que del documento privado no se desprendería la obligación de escriturar y que había sido la vendedora la que había incumplido sus obligaciones al no haber hecho entrega de la vivienda en la fecha pactada. Finalizaba el escrito abogando por una solución amistosa a las pretensiones de ambas partes. Con fecha 1.º septiembre de 2009 la parte vendedora requirió de nuevo a la parte compradora, esta vez notarialmente, para el otorgamiento de escritura pública y pago de las cantidades adeudadas. La compradora compareció ante notario y manifestó que la vendedora había incumplido la obligación de entregar la vivienda en plazo, que las cantidades entregadas a cuenta del precio eran superiores a las indicadas de contrario y que, por todo ello, entendía que el contrato había quedado de todo punto resuelto. Con fecha 5 noviembre 2009 la vendedora formuló demanda interesando el cumplimiento del contrato o, subsidiariamente, la resolución si aquel resultara imposible. En síntesis alegaba como fundamento de sus pretensiones que la compradora había incumplido su obligación esencial de pagar el precio aplazado por no haber atendido ninguno de los vencimientos trimestrales, y que se había negado a escriturar pese a los dos requerimientos enviados a tal fin. La parte compradora se opuso y solicitó su desestimación argumentando en síntesis que era la vendedora quien había incumplido sus obligaciones por no haber entregado la vivienda en plazo y que, en todo caso, la suma adeudada era menor que la reclamada por la compensación en concepto de entrega de materiales. La demanda fue desestimada en ambas instancias.

Doctrina jurisprudencial sobre el carácter esencial del plazo de entrega de la vivienda en construcción.—Para la jurisprudencia, la mera previsión contractual de un plazo de entrega no se traduce en su consideración como esencial, ni tan siquiera cuando se trate de compraventa de inmuebles celebradas por consumidores. Sólo si las partes quisieron dar al plazo de entrega un carácter esencial con efectos resolutorios explícitos, el retraso del vendedor en la entrega ampara la resolución. Esto es así porque como recuerda la STS de 30 de diciembre de 2015 «el artículo 1255 CC permite a las partes contratantes 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 artículo 1124 CC tengan, o no, trascendencia resolutoria». Es decir, «no es necesario valorar si un mero retraso puede generar la resolución del contrato cuando son las propias partes las que contractualmente determinan los efectos del incumplimiento» (en idéntico sentido la STS de 28 de junio de 2015).

Por el contrario si el plazo de entrega no se quiso como esencial, el retraso del vendedor en la entrega solo ampara la resolución del comprador si el cumplimiento tardío frustra sus legítimos intereses. Así lo recuerda la STS de 30 de diciembre de 2015, y anteriormente la STS de 29 de enero de 2011, al declarar que «excluida la configuración del plazo de entrega como término esencial, esto es, fuera del campo de actuación de los incumplimientos resolutorios, propiamente dichos, la prevalencia del plazo satisfactorio del cumplimiento hace que el mero retraso puede carecer de trascendencia resolutoria cuando su incidencia no frustra la finalidad o base del contrato y el cumplimiento levemente tardío, sigue siendo útil e idóneo para la satisfacción de los intereses de la contraparte». En suma, según este cuerpo jurisprudencial

dencial cuando las partes no quisieron dar al plazo de entrega un carácter esencial con efectos resolutorios explícitos el retraso del vendedor en la entrega solo ampara la resolución si el cumplimiento tardío frustra los legítimos intereses del comprador.

Protección de los consumidores.—La mencionada doctrina jurisprudencial no tiene una excepción en la normativa protectora de los consumidores, pues también ha declarado esta Sala que del deber de expresar con claridad la previsión de los plazos de finalización y entrega de las viviendas (art. 5.5 RD 515/1989, de 21 de abril), no cabe inferir directamente el carácter de término esencial de dichos plazos STS de 11 de abril de 2013). Es más, ni tan siquiera en las compraventas de vivienda regidas por la hoy derogada Ley de 27 de julio de 1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, el plazo de entrega tiene un carácter tan esencial que, en caso de retraso, permita siempre al comprador desvincularse del contrato, pues la opción que le concede el artículo 3 de dicha ley (rescisión, o prórroga) habrá de ejercitarla antes de que el vendedor le comuniqué que la vivienda está terminada y en disposición de ser entregada (SSTS de 5 de mayo de 2014 y 20 de enero de 2015). Además esta Sala ha puntualizado en este ámbito que la opción del comprador por la resolución del contrato «rescisión» en los términos de dicha ley-, debe ejercitarse de buena fe para evitar pretensiones oportunistas de desvincularse del contrato alegando como incumplimientos esenciales del vendedor los que no sean tales (SSTS de 30 de abril y 10 de septiembre 2015).

Plazo de entrega no esencial.—Descartado que en la compraventa de vivienda el plazo de entrega tenga siempre un carácter esencial, ni la sentencia recurrida concluye que este carácter resulte de una interpretación del contrato litigioso ni esta Sala considera que tal carácter se desprenda de la cláusula 5.ª del contrato. Antes bien, en esta se preveía la entrega de las viviendas para el mes de diciembre de 2007 siempre que el comprador haya cumplido la totalidad de las obligaciones que le incumben, lo que no fue el caso.

Constituye un hecho probado que la compradora, además de no satisfacer los pagos aplazados del precio a sus respectivos vencimientos, guardó silencio durante los nueve meses que transcurrieron desde la expiración del plazo de entrega pactado y la fecha en que la vivienda estuvo en disposición de ser entregada (septiembre de 2008), pues en ningún momento adujo la existencia de dicho retraso, ni como excepción de contrato no cumplido, ni tampoco como sustento de una eventual resolución extracontractual, pues no hay prueba de que comunicara en ese tiempo su intención resolutoria a la vendedora con base en el referido retraso. Es más, ni siquiera comunicó clara y terminantemente su intención de resolver después de ser requerido por la vendedora para otorgar escritura pública, cuando la vivienda ya estaba terminada y contaba con licencia de primera ocupación, pues al contestar a los dos requerimientos que se le hicieron en junio y septiembre de 2009 se limitó a dejar constancia de lo que entendía era un previo incumplimiento de la vendedora, pero optando por solicitar una solución amistosa en el primer caso, y por manifestar en el segundo que, a su entender, el contrato había quedado resuelto de forma automática a resultas de aquel incumplimiento. En consecuencia, cabe razonablemente entender que no fue intención de las partes atribuir carácter esencial al plazo de entrega pactado, y que, en esta situación, la prevalencia del plazo satisfactorio del cumplimiento hace que el retraso de nueve meses - durante los cuales nada consta que dijera al respecto la parte compradora -, carezca de transcendencia resolutoria toda vez que su incidencia no

frustraba la finalidad o base del contrato y el cumplimiento, levemente tardío, seguía siendo útil e idóneo para la satisfacción de los intereses de la contraparte. Concurriendo circunstancias semejantes, esta Sala se ha pronunciado en el sentido de no reconocer efectos resolutorios al retraso en la entrega incluso en caso de retraso más extensos en el tiempo (SSTS de 30 de diciembre de 2015 y 17 de febrero de 2016). Estimado el recurso de casación interpuesto por la parte vendedora, procede resolver sobre el caso, revocando la sentencia de primera instancia, estimando la pretensión principal de cumplimiento del contrato, pues la resolución se formuló con carácter subsidiario. Del precio reclamado se deducirán los trabajos realizados por la demandada para la actora. Los intereses del 10% anual se devengarán desde la interposición de la demanda dada la falta de cualquier previsión al respecto. **(STS de 7 de abril de 2016; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—La STS de 10 de septiembre de 2015, de igual ponente extractada en *ADC*, 2017, p. 318, sentencia con nota de I. D-L. explica la derogación de la Ley 57/1968, a partir de 31 de diciembre de 2015, y las mayores garantías para el comprador de vivienda de Ley 20/2015, de 14 julio. (G. G. C.)

15. Compraventa regida por Ley 57/1968: Promotora declarada en concurso: Obligación del banco de avalar cantidades depositadas: Óbice de admisibilidad: Interés casacional: Jurisprudencia contradictoria.—La parte recurrida sostiene que las Sentencias invocadas por los recurrentes no justifican el interés casacional porque lo en ellas resuelto, relativo al carácter accesorio o esencial de la obligación asumida por la promotora de entregar los avales a los compradores de vivienda en construcción y su incidencia en el ámbito contractual entre vendedora y compradora, es distinto de lo decidido por la sentencia recurrida, relativa a la responsabilidad legal de la entidad de crédito como depositaria de las cantidades ingresadas por los compradores en la cuenta especial abierta en aquella.

Acerca del interés casacional es cierto que, en su modalidad de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, exige coincidencia en el caso resuelto por la sentencia impugnada y los casos sobre los que se hubieran pronunciado las sentencias invocadas como representativas de aquella doctrina jurisprudencial, de modo que la interpretación de una norma determinada no se intente trasladar a unos hechos opuestos o distintos de los que justificaron o explican tal interpretación, pero no lo es menos que dicha coincidencia basta con que sea sustancial, pues exigir una total identidad equivaldría a eliminar en la práctica esta modalidad de interés casacional, como también la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, si se tiene presente que en el Derecho privado, regido generalmente por el principio de la autonomía de la voluntad, el contenido de los negocios jurídicos es tan diverso que lo normal es la diferencia y lo excepcional, la identidad.

En relación con el interés casacional, la STS de 15 de diciembre de 2010 lo considera justificado, pese a la falta de identidad entre los casos, por la necesidad de decidir si la jurisprudencia sobre un determinado problema en materia de títulos nobiliarios es o no también aplicable a un problema distinto pero similar y aún no resuelto por esta Sala. Y la STS de 10 de enero de 2011 rechaza que la diversidad de materias entre las tres sentencias en el

recurso y la falta de total coincidencia, a su vez, con la materia del propio recurso excluyan su interés casacional, debido a la propia novedad de la materia que resulta prácticamente imposible la invocación de otras sentencias que traten de la misma, pudiéndose citar como exponentes de su doctrina jurisprudencial las sentencias que versando sobre materias relacionadas puedan considerarse representativas de unos determinados criterios o postulados jurisprudenciales de carácter más general pero que, a modo de principios, permitan dar respuesta fundada a la nueva cuestión planteada.

A partir de las anteriores consideraciones sobre el interés casacional es innegable el que presenta este recurso, pues la sentencia recurrida, que estima la demanda de los compradores al amparo del artículo 1.º, condición 2.ª de la Ley 57/1968, por apreciar la responsabilidad del Banco en que se abrió la cuenta especial y se ingresaron las cantidades, podría parecer contraria a la STS de 5 de febrero de 2013, invocada en el recurso, que en un caso de falta de entrega de avales declaró que no procedía condenar al banco. El interés casacional lo complementa la recurrente con la doctrina general de esta Sala, reiterada en la STS de 11 de abril de 2013, de que la omisión del aval o de la garantía implica una vulneración de lo pactado que puede ser calificada de grave o esencial. De forma análoga al recurso que analizó la STS de 23 de marzo de 2015, también aquí el interés casacional se justifica porque, tanto en la fecha en que se dictó la sentencia recurrida como al tiempo de interponerse el recurso de casación, no existía doctrina jurisprudencial específica que resolviera la contradicción de criterios hasta entonces existente en torno a la interpretación del artículo 1.º de la Ley 57/1968 y el alcance de la obligación de la entidad depositaria de los anticipos.

El interés casacional del presente recurso se centra en si la entidad de crédito en que se abrió la cuenta especial y en la que los compradores ingresaron los anticipos a cuenta del precio de la compra de las viviendas sobre plano, que fueron resueltas por incumplimiento de la promotora, viene o no obligada a pagar a los compradores el importe de los anticipos que no fueron garantizados. Pues bien, aun cuando al dictarse la sentencia recurrida (14 de octubre de 2013) y al interponerse el recurso (28 de noviembre de 2013) ciertamente la sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 2013 había descartado la condena de un banco, en esa ocasión demandado junto con el promotor, por la circunstancia de no haber velado por la entrega de aval por el promotor al comprador, en la actualidad ya no puede sostenerse que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Antes bien, se ajusta plenamente a la misma.

Debe puntualizarse que la otra sentencia de esta Sala de 11 de abril de 2013 carece de relevancia a tales efectos, pues trata de las garantías exigidas por la Ley 57/1968 desde la perspectiva de las obligaciones del vendedor, y para determinar si su incumplimiento justifica o no la resolución del contrato a instancia del comprador. En otras palabras, el que dicha sentencia considere la garantía como una obligación esencial del vendedor hasta la entrega de la vivienda no significa que la garantía incumba única y exclusivamente al vendedor.

En cambio, sí fija doctrina jurisprudencial sobre la misma cuestión que plantea el presente recurso la sentencia del Pleno de esta Sala de 23 de septiembre de 2015 rectificando explícitamente el criterio de decisión de la de 5 de febrero de 2013 para que «no quede insatisfecha la previsión de garantía contenida en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 57/1968» y porque «no debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certifi-

cados o avales individuales». A partir de estas consideraciones esenciales, la referida sentencia de Pleno sienta la siguiente doctrina: «i) Al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía; ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al artículo 3 de la Ley 57/1968; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado unas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva».

A lo anterior se une que la STS de 21 de diciembre de 2015 fija como doctrina jurisprudencial que «en las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad», y que esta doctrina se reitera en las SSTS de 9 y 17 de marzo de 2016, de modo que la desestimación del recurso no viene sino a corroborarse, porque frente a la tesis central o nuclear de su único motivo, la doctrina de esta Sala es que la condición 2.^a del artículo 1.º de la Ley 57/1968 sí impone al banco una obligación de control sobre el promotor cuyo incumplimiento determina la responsabilidad del banco frente al comprador, y más aún cuando, como en este caso, el banco recurrente era el mismo en el que el promotor tenía abierta la cuenta especial y el mismo que se había constituido en garante de las cantidades anticipadas por los compradores, pues también es doctrina de esta Sala que la garantía ha de cubrir la totalidad de las cantidades anticipadas aunque en el documento correspondiente se haga constar un límite máximo inferior, ya que de no ser así se infringiría el artículo 2 de la Ley 57/1968.

Pese a la desestimación del recurso no procede imponer las costas a la parte recurrente, porque la sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 2013 y su posterior rectificación por la sentencia del Pleno de 23 de septiembre de 2015, demuestran por sí solas las dudas de derecho sobre la cuestión litigiosa existentes al tiempo de la interposición del recurso. **(STS de 8 abril de 2016;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.] (*G. G. C.*)

16. Contrato de obra: desistimiento unilateral del comitente e indemnización.—Para la cuantificación de las consecuencias indemnizatorias que el artículo 1594 CC anuda a la facultad del comitente de desistir de la ejecución o continuación de la obra, no pueden considerarse las circunstancias relativas al cumplimiento o incumplimiento por los contratantes de sus obligaciones; tampoco aquellas otras circunstancias relativas a los móviles que impulsaron al comitente a desistir del contrato (STS de 24 de mayo de 2009).

Interpretación de la expresión «utilidad que el contratista pudiera obtener de ella» (art. 1594 CC).—La expresión «utilidad que pudiera obtener de ella» se identifica con el beneficio industrial que el contratista habría

obtenido de haberse realizado la obra en su totalidad, descontando el beneficio que, en su caso, hubiera cobrado el contratista por la parte de la obra realizada hasta el desistimiento unilateral del comitente (art. 1594 CC). La anterior expresión no es comprensiva de los gastos generales del contratista.

El cálculo del montante de beneficio industrial debe atender, en primer lugar, a los márgenes o elementos de referencia que el concreto contrato de obra de que se trate ofrezca. A falta de tales datos contractuales, la Sala 1.^a admite que, para el cálculo del montante de indemnización en que el beneficio industrial se cristalice, puede emplearse el margen del 15 % (STS de 3 de diciembre de 2001). Hay que advertir que este porcentaje no es inmutable, sino que está sometido a las circunstancias socioeconómicas de los tiempos. (STS de 5 de abril de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—La Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre (SEITT) desistió unilateralmente de la ejecución del contrato de remodelación de una autovía, que se había celebrado con la sociedad Ploder Ulicesa, S. A. U («Ploder»). En el presupuesto base de la licitación los gastos generales se cifraron en el 17 %, y el beneficio industrial en el 6 %, ambos del presupuesto de ejecución material de la obra. Ploder interpuso demanda contra SEITT reclamando que se le indemnizase, en aplicación del artículo 1594 CC, con una cantidad por los «gastos» y «trabajos»; y con otra cantidad por la «utilidad de la obra para el contratista». Esta segunda cantidad se cifraba en el 23 % del presupuesto de ejecución de la obra desistida: el 17 % en concepto de gastos generales y el 6 % en concepto de beneficio industrial.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó conceder indemnización por la primera de las cantidades reclamadas por falta de prueba. Sin embargo, estimó parcialmente la indemnización relativa a la segunda cantidad en el importe del 15 % del precio de la obra no ejecutada, en aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el particular.

La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de instancia y condena a SEITT a abonar a Ploder el 6 % del beneficio industrial dejado de obtener. Ploder interpuso recurso de casación, denunciando infracción del artículo 1594 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta. (A. I. R. A.)

17. Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo). Determinación de su ámbito de exclusión por la cuantía del contrato de crédito al consumo: el límite cuantitativo previsto en el artículo 2.1.a) resulta aplicable sobre el importe del crédito destinado a financiar cada acto de consumo diferenciable por su naturaleza y objeto, aunque sean financiados a través de un único contrato.—El ámbito de exclusión fijado en el artículo 2.1.a) de la Ley de Crédito al Consumo, en atención a que el importe del crédito sea superior a 3.000.000 ptas., debe determinarse de acuerdo con el criterio interpretativo teleológico. Ello supone atender a la protección de los consumidores y usuarios al constituir una de las principales finalidades de la Ley conforme a su exposición de motivos. De acuerdo con esta finalidad, la norma alcanza a cada acto de consumo que resulte clara-

mente diferenciable por su naturaleza y objeto, aunque exceda la financiación concedida por un mismo contrato para el conjunto de todos ellos del límite cuantitativo referido. En este sentido, el último inciso del artículo 2.1.a) conecta expresamente tal límite a «la adquisición de un mismo bien o servicio» y no a la de varios bienes o servicios distintos. Por ello, en el caso de autos la exclusión de la norma debe realizarse en atención a la cuantía del crédito que financia la adquisición del concreto y diferenciado servicio incumplido, aunque el préstamo concedido sea documentado en un único contrato. La interpretación sistemática arroja idéntico resultado dado que el límite inferior de exclusión (contratos cuyo importe sea inferior a 25.000 ptas.) opera según el precepto aunque la financiación de un mismo bien o servicio se divida en varios contratos, lo que persigue evitar el fraude mediante el fraccionamiento de la financiación. Ello, trasladado al límite máximo estudiado, impide la burla de la norma mediante la concentración en un contrato único de bienes o servicios de diferente naturaleza cuyas cuantías en conjunto traspasen aquél. **(STS de 8 de abril de 2016; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.— Un numeroso grupo de personas suscribió con una entidad diversos contratos de compraventa de vehículos y de servicios de reparación y mantenimiento de ellos. Algunos demandantes (grupo A) compraron sus vehículos y contrataron los servicios a través de la financiación ofrecida por una entidad financiera. Otros actores (grupo B) pagaron al contado el precio de la compra y del referido servicio. Al cabo del tiempo la entidad obligada dejó de prestar los servicios a pesar de lo cual la entidad financiera code mandada continuó cobrando las cuotas mensuales al grupo A de actores. Ante ello, se interpone demanda solicitando frente a la entidad prestadora de los servicios la resolución del contrato. Además, el grupo A reclama de la entidad financiera la devolución de la parte de las cuotas mensuales derivadas de los contratos de financiación que corresponde a los servicios contratados que continuaron abonando desde el incumplimiento de la code mandada, así como los intereses cargados en tales cuotas e intereses legales. El grupo B reclama las cantidades abonadas por razón de los servicios desde que dejaron de prestarse. Además, los dos grupos de actores solicitan indemnización por daños morales. La entidad prestadora de servicios se allanó a la demanda. La entidad financiera se opuso por prescripción de la acción, por no haberse dejado de prestar los servicios, y por resultar inaplicable la Ley de Crédito al Consumo. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda frente a la entidad prestadora de servicios, no acogió las pretensiones formuladas por el grupo B frente a la entidad financiera por prescripción, y estimó parcialmente la demanda interpuesta por el grupo A declarando ineficaz el contrato de financiación a consumidor desde la fecha del incumplimiento, condenando a la devolución de determinadas cantidades. Se formulan sendos recursos de apelación por el grupo B de actores, el cual sería desestimado, y por la entidad financiera. La Audiencia Provincial estima parcialmente este último pero mantiene que el grupo A se encuentra amparado por la Ley de Crédito al Consumo porque ninguno de los préstamos concedidos para adquirir los servicios supera el máximo previsto en su

artículo 2.1.a). La entidad financiera interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, ha sido derogada por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo. Como señala el Alto Tribunal, el artículo 4.5 de la nueva norma establece el límite máximo de exclusión en 75.000 euros, y aparte el artículo 3.c) fija el límite mínimo en 200 euros al que se conecta idéntico inciso que el que figuraba en el artículo 2.1.a) de la ley derogada. (F. S. N.)

18. Aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles y omisión de información precontractual.—La consecuencia de la omisión del deber de información previsto en el artículo 8 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias permite resolver el contrato en el plazo de tres meses a contar desde la fecha del contrato (art. 10.2 Ley 42/1998); o alternatively ejercitar la acción de nulidad por vicio en el consentimiento (art. 1301 CC).

Nulidad de pleno derecho por falta de objeto del contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles constituido como derecho real.—Un contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles constituido como derecho real limitado (art. 1.1 Ley 42/1998 *in fine*) que no especifique el alojamiento concreto, con mención de sus datos registrales y el turno en que es objeto de aprovechamiento, ni indique los días y las horas en que se inicia y termina (art. 9.1.3.º Ley 42/1998) es nulo de pleno derecho (art. 1.7 Ley 42/1998) (STS 8 de septiembre de 2015). El único supuesto en que el régimen legal establecido por la Ley 42/1998 permite que el alojamiento sea determinable por sus condiciones genéricas es el del artículo 1.6 (derecho personal de aprovechamiento por turno).

Efectos de la nulidad del contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.—La finalidad del artículo 1.7 Ley 42/1998, que establece que en caso de nulidad de pleno derecho serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas, es dejar indemne al adquirente de buena fe que se ha visto sorprendido por el contenido de un contrato que no cumple con las prescripciones legales. Cuando el adquirente ha disfrutado, durante un prolongado periodo, de los alojamientos a que el contrato de aprovechamiento por turnos le daba derecho, el reintegro de cantidades debe ser proporcional al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración máxima de cincuenta años. (STS de 29 de marzo de 2016; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El matrimonio M suscribió con la sociedad Anfi del Mar, S. A. («Anfi») dos contratos (uno en 1998 y otro en 1999) denominados de «asociación de compra de membresía de club» en virtud de los cuales adquirieron un derecho de uso de un apartamento en el Club Monte Alfi durante una concreta temporada. M interpuso demanda interesando la nulidad de los contratos y de sus anexos y el reintegro de las cantidades satisfechas en concepto de

pagos derivados de dichos contratos, más los intereses devengados desde la demanda.

Respecto del primer contrato, M sostenía que adolecía de nulidad por no contener los requisitos mínimos esenciales exigidos por la Directiva 94/47, en cuanto al contenido. Respecto al segundo contrato, se afirmaba que carecía de objeto por no identificar el apartamiento concreto ni la semana sobre la que recaía el derecho de M (contenido mínimo exigido por la Ley 42/1998).

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pues condenó a Anfi a devolver los anticipos abonados por M relativos al primer contrato.

Ambas partes recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por Anfi y parcialmente el interpuesto por M, condenando a Anfi a satisfacer a los demandantes una cantidad correspondiente al anticipo del segundo contrato.

M interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. (A. I. R. A.)

19. Contratos. Enriquecimiento injusto. Requisito de inexistencia de causa del desplazamiento patrimonial. Doctrina jurisprudencial.—La apreciación del enriquecimiento injusto exige, entre otros requisitos, la inexistencia de una causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido, presupuesto que no se da cuando media una relación jurídica que la fundamente: carácter de subsidiariedad que se ha destacado jurisprudencialmente (SSTS de 4 de noviembre de 2004 y 24 de junio de 2010). Por ello, no cabe apreciar enriquecimiento injusto cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos, debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concorra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz (STS de 29 de febrero de 2008). Así, cuando existe un contrato válido o cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos, no puede sostenerse que los beneficiados indirectamente por ella se enriquezcan injustamente (STS de 29 de junio de 2015). En el caso de autos, la mercantil demandada, recibió como mediadora el pago anticipado de una parte del precio relativo a un contrato en el que actuaba como simple intermediaria, quedando obligada a conservar o entregar dicha suma a la parte vendedora, a saber, el verdadero titular dominical del inmueble por cuya cuenta actuaba. No había, pues, razón o justa causa legal o contractual que le permitiera hacerla suya, o que le facultara para disponer de ella a su voluntad en un segundo negocio destinado a adquirir el inmueble para sí y para sus socios-administradores.

Enriquecimiento injusto. Requisito de subsidiariedad: inexistencia de cualquier otra acción o recurso jurídico dirigido a obtener el restablecimiento del equilibrio patrimonial injustamente alterado.—Los actores no contaban con ninguna otra acción específica de ejercicio preferente a la de enriquecimiento injusto. Lo cierto es que se reclama a la inmobiliaria demandada por ser quien incorporó a su patrimonio la cantidad anticipada a cuenta del precio de una compraventa en la que medió, a fin de utilizarla después en un segundo contrato de compraventa en su propio y exclusivo

beneficio. Es evidente que la parte compradora demandante no tenía acción alguna contra los verdaderos e iniciales dueños, que nada recibieron en concepto de precio por el primer contrato y solo lo hicieron por razón de este segundo contrato en el que los demandantes-reconvenidos no fueron parte. **(STS de 7 de abril de 2016;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El matrimonio demandante suscribió un contrato de servicios con la inmobiliaria GC, S. L., por el cual ésta se obligaba a vender la vivienda propiedad de los primeros. Asimismo, celebraron otro contrato por el cual el matrimonio compraba a GC, S. L. un terreno con casa por el precio de 650.000 €, de los que se abonaron en aquel momento 130.000 €. Es de destacar que en este contrato de venta, la mercantil GC, S. L. se presentaba como vendedora, garantizando que era la propietaria de la finca o que estaba autorizada para disponer de ella por el actual propietario, don E. Casi un año después, don E. vendió la nuda propiedad del terreno con casa a GC, S. L. y el usufructo vitalicio de la misma finca a don M. y a su esposa doña C., a la sazón socios y gestores de la inmobiliaria, quienes utilizaron los 130.000 € como parte del precio de la compra a su favor. Tras diversas vicisitudes, el matrimonio actor presentó demanda contra GC, S. L. en la que pidió la declaración de nulidad de los contratos, con devolución de las cantidades entregadas, al entender que se habían celebrado con error vicio y, eventualmente, con dolo pues la compraventa y pago de la segunda vivienda estaban vinculados a la venta de la primera; lo que nunca llegó a tener lugar. Alternativamente, solicitaron se declarase que existía un enriquecimiento injusto por parte de GC, S. L. ya que habían empleado como suyos los 130.000 € entregados a cuenta por los actores, de suerte que se produjo un enriquecimiento sin causa que lo justificara. Por el contrario, la demandada reconvino pidiendo la resolución contractual y que se declarara su derecho a conservar los 130.000 € entregados por los actores-reconvenidos en concepto de indemnización de daños y perjuicios según los términos del propio contrato. La Audiencia Provincial, revocando la sentencia de instancia, acogió la demanda principal y declaró la existencia del enriquecimiento injusto alegado, condenando a GC, S. L. a la devolución de los 130.000 €. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*I. D.-L.*)

20. Responsabilidad extracontractual. Prescripción extintiva, interrupción mediante denuncia penal.—Conforme a la jurisprudencia (STS 13 de enero de 2015) resulta de los artículos 111 y 114 LECrim en relación con el 1969 CC, que la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de acción civil, al implicar un impedimento para su ejercicio (entre otras, SSTS de 5 de julio de 2007, 19 de octubre de 2009 y 24 de mayo de 2010). Asimismo, la jurisprudencia ha establecido que la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad civil extracontractual se interrumpirá cuando, al promoverse el proceso penal, el plazo de un año haya comenzado a transcurrir conforme a lo que dispone el artículo 1968.2 CC y lo establecido por la jurisprudencia

al aplicarlo a los diferentes tipos de daños; y en caso contrario se retrasará el inicio del cómputo (SSTS de 2 de abril de 2014 y 8 de junio de 2015). La jurisprudencia habla de una interrupción de la prescripción, y no meramente de la suspensión (STS de 3 de noviembre de 2010). Por tanto, el Tribunal aduce que en este caso se trata de una interrupción de la prescripción (SSTS de 9 de marzo y 3 de octubre de 2006), pues la suspensión de la prescripción solo se produce cuando alguna norma específica así lo ha establecido (STS de 12 de junio 1997). Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 CC, en cuanto que la denuncia penal supone una forma de ejercicio de la acción civil ante los tribunales e interrumpe la prescripción.

El Alto Tribunal considera las razones expuestas y estima pronunciarse sobre el fondo del asunto, pues en este caso, la primera instancia estableció los hechos como probados; determinó la cuantía de los daños y perjuicios sufridos, y el recurso de apelación impugna esencialmente el juicio de imputación de responsabilidad.

Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo. Carga de la prueba sobre la culpa.—Conforme a normatividad y la muy desarrollada jurisprudencia al respecto (entre muchas otras, SSTS de 10 de mayo de 2006, 30 de mayo de 2007, 28 de julio de 2008, 6 de febrero de 2012 y 3 de diciembre de 2014), se han establecido las siguientes tesis al respecto:

Responsabilidad por riesgo. El Alto Tribunal señala que la creación de un riesgo, por sí sola, no es un elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro para quien la desempeña. Pues, la doctrina jurisprudencial establece que además se requiere la concurrencia de la culpa (responsabilidad subjetiva), elemento básico, conforme al artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones más que las previstas en las Ley. En otras palabras, el Tribunal señala que el mero hecho de que se haya producido el hecho dañoso —realización del riesgo—, no puede considerarse prueba de culpa —«demostración de que falta algo por prevenir»— puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por resultado (no conforme con el art. 1902 CC).

Valoración de la culpa. La doctrina jurisprudencial entiende que la apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. En este sentido, constituye culpa el comportamiento que «no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas». Por tanto, el mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye en sí el «reproche culpabilístico».

El riesgo. El Alto Tribunal señala la tesis que riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia exigido. Por tanto, el para doctrina jurisprudencial la creación de un riesgo superior al normal reclama una elevación proporcionada de los estándares de pericia y diligencia. En efecto, la falta de agotamiento de las medidas de cuidado requeridas para el caso justifica atribuir responsabilidad por los resultados dañosos que sean realización del mayor riesgo creado: «que sean objetivamente imputables a esa culpa en el desempeño de la actividad peligrosa».

La carga de la prueba sobre la culpa. El Tribunal Supremo sustenta que el carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta

de culpa. Asimismo, el Alto Tribunal considera que para las actividades que no queda calificar de anormalmente peligrosas regirán las normas generales del artículo 217 LEC. Lo anterior, en relación al artículo 1902 CC, de donde se desprende que corresponde al dañado demandante probar la culpa del causante del daño demandado. Sin embargo, se puede invertir la carga de prueba por disposición legal expresa (art. 207.6 LEC) en la que se imponga al demandado la carga de probar que hizo cuanto le era exigible para prevenir el daño; o también se puede invertir la carga de la prueba por los principios de «disponibilidad y facilidad probatoria» (art. 217.7 LEC). En el presente caso, en aplicación de normas especiales (art. 217.6 LEC), el Tribunal además tomó en cuenta lo dispuesto en el artículo 147 TRLCU «los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores o usuarios, salvo que prueben que hayan cumplido con las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos (...)».

El Tribunal Supremo, de acuerdo a las tesis expuestas y en aplicación de los dispuesto en el artículo 386 LEC, estimó que podía imponer culpa del resultado dañoso acaecido; lo anterior, teniendo en cuenta las especiales circunstancias, la pertenencia a una categoría de resultados que típicamente se produzcan (realización de un riesgo) por impericia o negligencia y sin que el demandado haya proporcionado una explicación causal del resultado dañoso que excluya su culpa. (**STS de 18 de marzo de 2016**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—El señor F demanda a la Compañía M por responsabilidad civil extracontractual, debido a que el señor F se hallaba en la sala de fiestas administrada por la compañía M en la madrugada del 9 de noviembre de 2008, cuando pisó un cristal roto en la zona de acceso a los baños, que atravesándole la zapatilla se le clavó en la planta del pie.

En su sentencia de 27 de julio de 2012, el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid estima la demanda. El Juzgado desestimó la excepción sobre la prescripción y se pronunció sobre el fondo del asunto condenando a la compañía M a pagar indemnización por responsabilidad civil extracontractual. En relación a la prescripción, el Juzgado consideran que si bien los hechos fueron el 9 de noviembre de 2008 y esta demanda se presentó hasta 8 de marzo de 2011, quedó acreditado que al señor F se le dio de alta de su incapacidad hasta 18 de febrero de 2009, fecha en la que luego se dirige a interponer una denuncia penal por estos hechos, la cual se archiva por prescripción de la infracción por auto de 10 de marzo de 2010, por lo que el Juzgado concluye que el plazo de prescripción de la acción civil quedó interrumpido.

En relación a la responsabilidad civil extracontractual condena a la compañía M en cuanto que esta no acredita que adoptara todas las medidas suficientes para evitar la ocurrencia de los hechos, pues, sin perjuicio de que se contraten lo que denominan «equipos de banqueros» (los que recogen los vasos rotos) y que además lo camareros estén encargados de hacerlo, es evidente que resultaba insuficiente, fueran muchos o pocos, había cristales que podían causar daños, por lo que el juzgado concluye la responsabilidad de la demandada.

La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia del 20 de diciembre de 2013, estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada. En cuanto a la prescripción, la Audiencia no comparte el carácter suspensivo del plazo de prescripción que se otorga a la presentación de la denuncia penal nueve meses después del acaecimiento de los hechos, denuncia que fue archivada por prescripción. En relación al fondo del asunto, la Audiencia considera que la explotación por sí misma de una discoteca no genera especial peligro, sino que forma parte de los riesgos generales de la vida, de modo que el demandante tiene la carga de identificar y probar la culpa o negligencia del demandado.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. El Alto Tribunal considera que si bien es cierto que no cabe calificar la actividad de la compañía M como anormalmente peligrosa, es cierto que sí son inherentes a ella algunos riesgos superiores a los normales. Lo justifica citando lo prescrito en el artículo 6.3. de la Ley de la Comunidad de Madrid 17/1997, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas; que, en resumen, prescribe, los locales deben tener un seguro que, entre otros, deben cubrir la responsabilidad por daños a los concurrentes y a terceros derivados de las condiciones del lugar, instalaciones y servicios. El Tribunal Supremo considera que la utilización de vasos de cristal en las discotecas es un riesgo superior al normal, el cual obviamente no puede restringir su utilización, ni exigir que cuenten con cierto número de banqueros que haga que resulte cero la probabilidad de que estos ocasionen daños. No obstante, el Alto Tribunal sí considera exigible que dicho riesgo se reduzca mediante medidas específicamente dirigidas al efecto. (*I. V. B.*)

21. Responsabilidad extracontractual en caso de incendio.—Para declarar a alguien responsable de los daños causados por la propagación de un incendio, no es necesario que se conozca la causa concreta que lo causó. Corresponde a aquél la carga de probar: a) la existencia de una actuación intencionada de terceros; b) serios y fundados indicios de que el incendio ha podido provenir de agentes exteriores; c) que nada había en el lugar en que se originó el fuego que representase un riesgo especial. Demostrado que el incendio fue causado por una incidencia extraña, no basta para imponer responsabilidad al demandado que, en el lugar sometido a su control en el que el incendio se originó, hubiera almacenados productos inflamables. (**STS de 6 de abril de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaléon Prieto.]

HECHOS.—Varias personas desconocidas provocaron un incendio en un solar, de dueño también desconocido, en el que existía una edificación en estado ruinoso y se acumulaban grandes cantidades de basuras y desechos. Dicho solar lindaba con la parte trasera de un amplio local de negocio que, cuando acaeció el incendio, ocupaba como arrendataria la compañía D, que explotaba en dicho local un supermercado. El fuego afectó a la estructura de vigas y pilares de la fachada posterior de un edificio. La comunidad de propietarios del mismo interpuso demanda contra D, con-

tra su aseguradora de responsabilidad civil y contra JM, como autor del proyecto de acondicionamiento interior y la implantación de actividad, necesario para que se concediera en su momento a D la licencia de funcionamiento del supermercado. La parte actora pidió que se declarase a los demandados responsables de los daños y perjuicios ocasionados por el incendio y su derecho a percibir una indemnización.

El Juez de Primera Instancia desestimó las pretensiones dirigidas contra JM, por prescripción extintiva de la acción. Y estimó las ejercitadas contra D y su aseguradora, a las que condenó a pagar solidariamente a la comunidad de propietarios una cantidad de dinero. Consta suficientemente acreditado que el incendio tuvo su origen en el solar contiguo al local comercial, propagándose a los edificios colindantes como consecuencia de las altas temperaturas estivales y el material acumulado en dicho solar. La causa de la rápida propagación del fuego, se atribuyó al tipo de construcción de la cubierta. Por tanto, habiendo contribuido D al resultado causal por no haber adaptado su conducta a lo que la prudencia exigía, el Juez estimó la demanda contra ella y su asegurador, conforme a los artículos 1902 CC y 76 de la LCS.

La aseguradora interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial. Según esta, el hecho de que fuera provocado el origen del incendio del local siniestrado no inculpa a la arrendataria y explotadora del mismo, al desconocerse la autoría del elemento desencadenante del mismo. Además, no existen pruebas de la presunta culpabilidad de D, ni que se deba el incendio a falta de vigilancia u otro motivo dependiente de la mayor o menor diligencia en el cuidado y mantenimiento de las instalaciones del local, funciones que corren de cuenta y riesgo de dicha parte, que no consta se haya descuidado en la atención de las mismas.

La comunidad de propietarios interpuso recurso de casación, alegando la infracción del artículo 1902 CC e indicando que D ha incumplido las medidas de seguridad exigibles. Según el Alto Tribunal, lo relevante es que el incendio no se originó en el supermercado explotado por D, sino que fue provocado en un solar contiguo del que D no era propietaria ni poseedora. No cabe imponer responsabilidad por daños producidos por un incendio, sea o no conocida la causa concreta que lo originó, al poseedor de cualquier lugar o ámbito a través del cual el incendio se haya propagado hasta causar los daños sufridos por la demandante. Aun aceptando que ese tipo de construcción de la cubierta del supermercado aumentó la velocidad de propagación del incendio, de ello no cabe deducir que infringiera la normativa sobre prevención de incendios ni que la finalidad de dicha normativa sea evitar daños a las personas o a las cosas causados por la más rápida propagación, a través de los edificios, de incendios no originados en ellos. Finalmente, apunta el Tribunal Supremo que no parece razonable exigir a quienes diseñan o construyen la cubierta de un supermercado la diligencia de contar con el riesgo de que la velocidad de propagación de un incendio de origen exterior que pueda llegar a alcanzar la cubierta resulta incrementada por los materiales utilizados en su construcción y produz-

ca, por ello, mayores daños en los edificios contiguos. De ahí que acabe desestimando el recurso de casación.

NOTA.—La doctrina emanada de la presente resolución se desprende de una gran cantidad de sentencias del Tribunal Supremo: 24 de enero de 2004, 18 de julio de 2006, 29 de abril de 2002, 27 de febrero de 2003, 2 de junio y 23 de noviembre de 2004, 3 de febrero, 22 de marzo, 20 de mayo y 9 de junio de 2005, 18 de julio de 2006, 15 de febrero y 28 de mayo de 2008, 24 de septiembre y 4 de junio de 2009, 27 de diciembre de 2011 y 30 de abril de 2012. (S. L. M.)

22. Responsabilidad civil derivada de actos médicos. Intereses moratorios del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS). La existencia o no de la «causa justificada» para el pago de la indemnización por la aseguradora por previo proceso.—Conforme al artículo 20.8 LCS la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, y le exonera de los intereses de mora. La jurisprudencia (STS 4 de diciembre de 2009, entre otras) sostiene una interpretación restrictiva sobre la causa de exoneración en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados (SSTS de 17 y 18 de octubre de 2007, 6 de noviembre de 2008, 7 de junio de 2010, entre otras). Dicha jurisprudencia descarta que la mera existencia de un proceso constituya causa que justifique por sí misma el retraso, o permita presumir la razonabilidad de la oposición. También ha establecido que la existencia de un proceso no es óbice para imponer a la aseguradora el pago de los intereses, excepto si existe una necesidad de acudir a un litigio para resolver una situación de incertidumbre en torno al nacimiento de la misma obligación de indemnizar (SSTS de 7 de junio de 2010, 1 de febrero de 2011, entre otras). Por tanto, es criterio constante de la jurisprudencia no considerar como causa justificada para no pagar el acudir a un proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto la culpa (SSTS de 12 de julio 2012 y 17 de diciembre de 2010). Asimismo, tampoco es causa justificada del no pago la discrepancia en torno a la cuantía de la indemnización (SSTS 1 de julio de 2002, 1 de octubre de 2010 y 26 de octubre de 2010). En relación a la última argumentación, la jurisprudencia precisa que la iliquidez inicial de la indemnización del contrato de seguro (que se fija con la resolución) no implica valorar ese proceso como causa justificadora en atención a la regla *in liquidis non fit mora* (tratándose de suma líquidas, no hay mora). Ya que se trata de atender al canon del carácter razonable de la oposición para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y la concreción del día inicial del devengo, pues la deuda nace con el siniestro y, por ende, el proceso es de carácter meramente declarativo y no constitutivo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado (entre las más recientes, SSTS de 31 de enero de 2011, 7 de noviembre de 2011, 12 de noviembre de 2013).

Aunque la STS de 16 de octubre de 2009 puso de manifiesto que en muchos casos la pendencia de un proceso penal se ha considerado por el Tribunal como causa justificada para que la aseguradora no indemnice al asegurado (SSTS de 28 de noviembre de 2003 y 20 de mayo de 2004), es claro en la jurisprudencia que el proceso penal solo es «causa justificada» de la falta de pago de la indemnización por el asegurador cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre

sobre la cobertura del seguro (STS de 26 de mayo de 2011). Por tanto, el Tribunal establece probado que, a la luz del artículo 20.8 LCS, el mero hecho de promover un procedimiento penal contra el asegurado no es «causa justificada» para que el asegurador de responsabilidad civil no satisfaga la indemnización que corresponda al tercero que resultó perjudicado por culpa del asegurado. Así, el inicio del cómputo de los intereses de indemnización será el del día de la ocurrencia del siniestro.

Finalmente, el Alto Tribunal señala que el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización por el asegurador o de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, le habría satisfecho u ofrecido. Siempre a salvo el derecho del asegurador a cuestionar en juicio el pago de dicha obligación y a obtener la restitución del mismo. (STS de 5 de abril de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—La señora A demanda al Dr. B y a la aseguradora C por la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil derivada de actos médicos practicados por el Dr. B, quien tenía una póliza de responsabilidad civil profesional con la aseguradora C.

En Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Barcelona, en su sentencia del 15 de junio de 2012 estimó la demanda.

En su sentencia de 13 de marzo de 2014, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso de apelación, confirmando la resolución, excepto en el extremo de los intereses del artículo 20 LCS. La Audiencia considera que dada la existencia de un proceso penal previo podía haber causa justificada para el no abono de intereses desde la ocurrencia del siniestro, por lo que estima que solo a partir de la presentación de la demanda por responsabilidad civil debían empezar a correr los intereses de mora por el no pago de la indemnización por la aseguradora.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandante. El Alto Tribunal basó su fundamentación en cuanto que la aseguradora C tuvo inmediatamente conocimiento del siniestro que afectó a la señora A y en que tampoco alegó duda sobre la cobertura del siniestro en cuestión. (*I. V. B.*)

23. Responsabilidad médica: Lesiones muy graves por chapuzamiento voluntario en cala marítima: Tetraplegia completa con movilidad de ambos hombros y la flexión de antebrazos sobre brazos, y habilidad en manos y dedos: Intervención posterior para colocar el rectángulo de Hartshill, con resultado de empeoramiento: Ausencia de consentimiento informado.—En verano de 1990 el actor, don Erasmo, sufrió un grave golpe en la cabeza al lanzarse al mar en una cala de la isla de Menorca sufriendo traumatismo craneo-cervical, y ahogamiento, asfixia por inmersión; la lesión en la columna vertebral era muy grave, perdiendo la movilidad y la sensibilidad en las piernas manteniendo determinado nivel sensitivo, la movilidad de hombros y la flexión de antebrazos sobre brazos. A finales de octubre de 1990, el diagnóstico definitivo era de tetraplegia completa con nivel sensitivo motor C6 bilateral, lo que le permitía la movilidad de ambos hombros y la flexión de antebrazo sobre brazos, habilidad en manos y dedos. En ese estado

era imposible mejorar, ni siquiera con rehabilitación, por lo que el actor sufriría de por vida una incapacidad que le obligaría a vivir permanentemente en una silla de ruedas. La rehabilitación pretendería mantenerle para siempre en esa situación pero lo más probable es que paulatinamente, y en unos plazos indeterminados fuera perdiendo capacidades motrices y sensitivas hasta llegar a la situación actual aunque tampoco se pueda determinar si con el mismo grado de discapacidad.

El demandado, el Dr. don Herminio, con el fin de garantizar la estabilización, ralentizar al máximo la degeneración propia del paso del tiempo y minimizarla, tras una estancia y asistencia en un congreso, en noviembre de 1990 propuso a su equipo la colocación de un rectángulo de Hartschill para fijar la columna vertebral mediante una operación quirúrgica que no le impediría más que 8 días proseguir la rehabilitación. No informó al paciente de la gravedad de esta intervención, ni de sus riesgos ni de las posibilidades alternativas. No se dieron los mínimos requisitos del consentimiento informado, y el actor y su familia, sin la mínima información, debieron acceder a la intervención que se produjo el 22 noviembre 1990, consistente en la colocación del denominado «rectángulo de Hartsshill» desde C. Practicada la intervención el demandado escribió en su historial que «tras esta segunda intervención cervical se ha producido un empeoramiento de su miembro superior derecho al no tener en la actualidad flexión del antebrazo sobre brazo derecho», y también «ha perdido fuerza de flexión de antebrazo sobre brazo derecho». En resumen, había perdido el movimiento de los brazos, sólo movía levemente los hombros y doblaba el codo izquierdo».

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Barcelona, de 3 septiembre de 2012, partiendo de la adecuada praxis del acto médico quirúrgico, hace destacar la responsabilidad civil del facultativo en la ausencia de información médica para conseguir del paciente el oportuno consentimiento. Atendiendo a la realidad de los hechos, y teniendo en cuenta que la operación provocó un agravamiento en el estado del paciente, valora tal agravamiento en función de la ausencia de la información debida sobre el riesgo inherente a la intervención o a la técnica operatoria empleada, y ponderando todas esas circunstancias fija el «quantum» indemnizatorio en 60.101, 21 euros. La sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación por sentencia de 29 de mayo de 2014.

Doctrina jurisprudencial sobre omisión o deficiencia del consentimiento informado.—Tanto esta Sala de la jurisdicción civil como la de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se han ocupado de la omisión o deficiencia del consentimiento informado como una mala praxis formal del facultativo, en la que la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado el paciente la intervención médica cuyos riesgos se han materializado. Se ha venido distinguiendo entre supuestos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiese variado y, en principio, no habría lugar a indemnización (STS de 29 de junio de 2007), sin perjuicio de que en ciertas circunstancias, se pudiese determinar la existencia de un daño moral, de aquellos otros en que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente hubiese sido negarse a la intervención, por lo que, al no existir incertidumbre causal, se concede indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado (STS de 4 de marzo de 2011). Cuando no existe incertidumbre causal en los términos extremos antes expuestos, surge la teoría de la pérdida de oportunidad en la

que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud (STS de 16 de enero de 2012).

Los efectos que origina la falta de información, dice la STS de 4 marzo 2011, están especialmente vinculados a la clase de intervención; necesaria o asistencial, voluntaria o 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 (SSTS de 28 de noviembre de 2007 y 23 de octubre de 2008). 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; complicaciones o resultados adversos preVISIBLES y frecuentes que se pueden producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio; alternativas terapéuticas significativas; contraindicaciones características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma necesidad de la intervención en los supuestos de diagnóstico prenatal. Todas estas circunstancias plantean un doble problema: la identificación del daño corporal y la cuantificación de la suma indemnizatoria que puede hacerse de alguna de las formas siguientes: i) Por los totales perjuicios causados, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, más vinculado a la medicina necesaria que a la curativa, pero sin excluir ésta. ii) Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica, y dignidad. iii) Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada, posibilidades de fracaso).

Circunstancias que deben ser evaluadas para fijar el *quantum* indemnizatorio.—La Sala se apoya, a la hora de identificar y cuantificar el daño en la teoría de la pérdida de oportunidad, al tipo de cirugía practicada y a la patología que padecía el actor y resto de circunstancias concurrentes. Circunstancias que deben ser evaluadas, para, ante la ausencia de consentimiento informado, fijar la indemnización. Por ello se evalúa la gravedad de la enfermedad, la evolución natural que hubiese tenido la misma, la necesidad o no de la intervención y su novedad, sus riesgos y entidad de los que se han materializado, así como estado previo del paciente. No cabe duda que ha existido un daño corporal, por cuanto se ha materializado inmediatamente a causa de la intervención la agravación de la invalidez que presumiblemente se alcanzaría más adelante y que la operación pretendía precisamente retrasar y aminorar. Tampoco existe duda del daño moral sufrido por el paciente a causa de la falta de información, ya que lo que parecía una intervención paliativa y conservativa rápida, desencadenó una notable agravación de su ya delicada situación causada por la tetraplegia que sufría, con el impacto psicológico fácilmente comprensible. En atención a lo razonado supuso también una pérdida de oportuni-

dad en esa franja intermedia de incertidumbre causal ante la verosimilitud de que hubiese consentido la intervención si se evalúan todas las circunstancias concurrentes. Todo ello ha sido tenido en cuenta por la sentencia recurrida, aunque metodológicamente aparezcan entremezcladas las consideraciones al respecto. El quantum indemnizatorio, con respecto a la valoración probatoria de la sentencia recurrida, incumbe al Tribunal de instancia, cuya sentencia se recurre (STS de 18 noviembre 2014), sin que sea posible acudir a hechos diferentes de los que declara probados la Audiencia Provincial (**STS de 8 abril de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—Durante buen número de años el actor ha estado ininterrumpidamente al cuidado del médico demandado, al hacerse cargo de las gravísimas consecuencias de un chapuzón voluntario de aquel en aguas del Mediterráneo. En mi opinión, la importancia de las consecuencias derivadas del accidente y las sucesivas intervenciones profesionales del médico eliminan, en principio, cualquier actuación suya descuidada o negligente. Bien podía afirmarse que el presente había llegado a ser «su caso», hasta el punto de asistir a un congreso relacionado con su indudable propósito de mejorar el tratamiento y rehabilitación que le dispensaba. ¿Cómo ha resultado, en definitiva, condenado a abonarle una indemnización, moderada en comparación con lo reclamado, y que, en definitiva, abonará el seguro? Probablemente el Dr. Erasmo actuó con la mejor intención, suponiendo que el enfermo y su familia aceptarían de buen grado una breve intervención que mejoraría el estado de incapacidad casi total que padecía don Herminio. Sin embargo la ley le obliga a cumplir, en todo caso, su deber de información al paciente. La presente sentencia es claramente de alcance pedagógico y contribuye a desarrollar con seguridad y eficacia la doctrina jurisprudencial en la materia abundantemente suscitada en la praxis. Así recientemente STS de 3 de febrero de 2015 (Ponente J. A. Seijas Quintana), en ADC, 2016, p. 1150-1152, nota mía, en caso de implante de prótesis mamaria, declarándose que fue informada. Y STS de 17 de junio de 2015, en ADC, 2017, p. 305-307, igual Ponente, en caso de ortodoncia con implante de titanio, que también se considera informado (nota S. L. M.) (G. G. C.)

24. Responsabilidad civil: Indemnización en accidente de circulación con amputación de pierna derecha: Abono de prótesis futuras por Compañía aseguradora.—A consecuencia de un accidente de tráfico ocurrido sobre las 10, 45 horas del 27 de junio de 2009, Don Martín sufrió la amputación de la pierna derecha, que dio lugar a un procedimiento de reclamación del daño en el que fue condenada la ahora recurrente Reale Seguros Generales, SA, aseguradora del vehículo causante del daño, discutiéndose ahora en los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, el pronunciamiento que le condena a abonar siete prótesis futuras y los intereses del artículo 20 LCS. El recurso extraordinario se articula en dos motivos: 1.º, al amparo del artículo 469, 1.º y 2.º, LEC relativo a la infracción de las normas reguladoras de la sentencia (carga de la prueba, artículo 217.1. y 2 LEC y artículo 218.1 LEC). Y 2.º, al amparo del artículo 469 LEC al no respetar el principio de la justicia rogada. La sentencia no es clara, precisa, ni congruen-

te con las pretensiones deducidas en la demanda. El recurso de casación se articula, a su vez, en dos motivos: 1.º, al amparo del artículo 477,2 LEC, infracción de las normas aplicables para resolver el proceso (art. 1902 CC, el principio que prohíbe el enriquecimiento injustificado, arbitrariedad en la indemnización concedida por el concepto de prótesis futuras, falta de rigor en la concesión e inexistencia de prueba por la actora, infracción del artículo 2171 LEC). 2.º, al amparo del artículo 477.2 LEC, infracción del artículo 20.8 LCS por existencia de causa justificada para la no imposición del recargo a la aseguradora, infracción del principio *in illiquidis non fit mora*.

Recurso por infracción procesal.—El artículo 217 LEC contiene la regla general o principio de carga de la prueba que se formula a través del artículo 469.1.2.º LEC, como norma reguladora de la sentencia, dado su contenido y estar incluido en la ley procesal bajo el epígrafe «de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos», de tal forma que solamente es susceptible de casación cuando se acusa al órgano jurisdiccional de instancia de haber alterado indebidamente esta regla invirtiendo lo que a cada parte correspondía, sin que pueda entenderse producida la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quien aportó la prueba.

La posibilidad de indemnizar en este caso los gastos futuros que traen causa del accidente de tráfico, como perjuicio patrimonial ya se trate de gastos derivados de actos médicos curativos, paliativos del dolor, de rehabilitación etc.; bien estén encaminados al restablecimiento del derecho a la salud o al menos dirigidos a asegurar a la víctima un mínimo de calidad de vida en atención a la pérdida de la salud que conlleva el menoscabo psicofísico sufrido, está reconocido por la jurisprudencia de esta Sala (STS de 22 de noviembre de 2010), sobre la base de entender tales daños en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud, y de aplicar como elemento de integración los principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil que consideran daño patrimonial resarcible a toda disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso y, que al referirse a la indemnización de dicho daño corporal incluye «la pérdida de ingresos; el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica». Este criterio ha sido recogido en la Ley de 22 de septiembre de 2015, de reforma del sistema para la valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación, al establecer expresamente en su artículo 115, el directo resarcimiento al lesionado del importe de las prótesis y órtesis que precise a lo largo de su vida, debiendo la necesidad, periodicidad y cuantía de los gastos de las prótesis y órtesis que precise a lo largo de su vida, acreditarse mediante el correspondiente informe médico desde la fecha de estabilización de las secuelas, teniéndose en cuenta para su valoración el tipo de secuela, la edad del lesionado, la periodicidad de la renovación de la prótesis y órtesis en función de su vida útil y el coste de las mismas, atendiendo a las necesidades y circunstancias personales del lesionado; gastos que se podrán indemnizar en forma de capital utilizándose el correspondiente factor actuarial de conversión establecido en la tabla técnica de coeficientes de capitalización de prótesis y órtesis incluida en las bases técnicas actuariales a las que hace referencia el artículo 48 de la citada ley.

La controversia queda así constreñida a la valoración económica del daño objeto de resarcimiento. Es cierto, como sostiene el recurrente, que el

cálculo de la indemnización por prótesis futuras ha de ser probado en las actuaciones, al tratarse de un hecho constitutivo de la demanda con lo que la carga de la prueba sólo corresponde al demandante, que no ha aportado prueba actuarial alguna. Lo que no es cierto es que no se haya practicado prueba alguna al respecto. Las conclusiones de la sentencia para resarcir este daño futuro no son absurdas, desorbitadas ni irracionales. Tienen como referencia el informe en el juicio del Dr. don Pedro Francisco y del perito médico de la demandada. El primero refirió que la revisión de la prótesis femoral debía efectuarse periódicamente, en algunos tramos incluso con carácter anual y en otros trianual. El segundo señaló que la garantía de tres años que se reconoce a la prótesis no necesariamente ha de coincidir con la vida útil de la misma sino que depende de la utilización que se le dé y que todo control o revisión no conlleva su cambio. La previsión de la sentencia se extrae, por tanto, de los medios probatorios de los que obtiene el dato de la necesaria sustitución de la prótesis femoral cada cinco años con una proyección de vida de 35 años (siete sustituciones), y ello es razonable. No se ignora que la esperanza de vida del perjudicado es un dato de salud que no consta sea deficitario, y que cuando se trata de gastos de reposición del material o bienes que precisa la víctima para el disfrute de un mínimo de calidad de vida, también se maneja un dato incierto, obtenido por estimación, consistente en el tiempo medio de vida útil de cada uno de los bienes, razón por la que la STS de 22 de noviembre de 2010 utilizó un criterio de equidad para moderar la indemnización concedida; criterio que no se estima pertinente aplicar en este caso, en el que la vida del perjudicado (nacido en 1980) puede superar el límite calculado y que el valor de las prótesis, e incluso el del IVA de aplicación, puede verse abaratado o incrementado con el paso del tiempo.

El segundo motivo se formula por vulneración del principio de justicia rogada, ya que no ha tenido en cuenta que en la demanda se aplicaba una reducción de seis mil euros por cada una de las prótesis sobre el total reclamado en la misma. El motivo se estima porque en la demanda se valoraba cada una de las prótesis en 39.924 euros más un 8 % de IVA, de la que descontaba 6.000 euros que abona la Seguridad Social. Esta petición no ha sido tenida en cuenta en la sentencia, y no porque exista alguna diferencia entre lo reclamado y lo concedido, sino por la aludida pequeña diferencia que, a su vez, tiene que ver con el tipo de IVA aplicable.

No hay violación del artículo 1902 CC.—El recurso de casación, en su primer motivo, se desestima por razones obvias ya que viene a reproducir el motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal sobre ausencia de prueba al fijar la indemnización por este concepto, lo que no es propio de este recurso. En su segundo motivo se impugnan los intereses que se le han impuesto conforme al artículo 20 LCS, y también debe desestimarse porque en la apreciación de la causa de exoneración del pago de intereses esta Sala ha mantenido una interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma, al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados. Esta interpretación descarta, entre otras cosas, que no se tenga en cuenta la iliquidez de la deuda al considerar la indemnización como una deuda que, con independencia de cuando se cuantifique, existe ya en el momento de producirse el siniestro, como hecho determinante de la obligación de indemnizar (SSTS de 12 de julio de 2010, 4 de julio de 2012 y 3 de marzo de 2015). Ni tampoco la suscitada en cuanto a la culpa, especialmente en el ámbito del seguro obligatorio, basado en la responsabilidad por riesgo, ya sea por negar-

la completamente o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia de conductas culposas (SSTS de 12 de julio y 17 de diciembre de 2010). Además, la aplicación de los intereses sobre la indemnización por el concepto de prótesis femorales responde a la idea de que la aseguradora conoce la existencia de un daño presente y futuro, indemnizable conforme a los criterios expuestos sobre los cuales se extiende la obligación de pago o consignación que evita el pago de los intereses, máxime cuando lo que en realidad discute la recurrente no es la procedencia de su indemnización, sino la acreditación de su importe.

La consecuencia de la estimación en parte del recurso extraordinario por infracción procesal es dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia recurrida respecto al descuento de seis mil euros en cada una de las siete prótesis. No procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, y respecto de las causadas por el recurso de casación, se imponen a la parte recurrente. **(STS de 6 de abril de 2016; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

25. Sistema de mayorías para la aprobación de acuerdos en el ámbito de la propiedad horizontal.—El sistema de mayorías establecido en la LPH en función de la naturaleza de los acuerdos a adoptar y el quórum no varía en relación con la forma de financiación interna, dado que mediante cuotas ordinarias o extraordinarias se puede afrontar el pago de obras de conservación o de obras que excedan del mero mantenimiento. Dicho de otro modo, el hecho de que las obras de conservación sobre elementos comunes sean extraordinariamente cuantiosas, no altera el sistema de mera mayoría para su acuerdo. **(STS de 28 de abril de 2016; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Varios vecinos de una comunidad de propietarios interpusieron demanda para impugnar los acuerdos adoptados en junta de propietarios de 27 de marzo de 2012, posteriormente ratificados en junta de 14 de mayo de 2012. Los demandados son propietarios de viviendas unifamiliares adosadas en una urbanización. A finales de 2003, como consecuencia de las lluvias, se producen humedades en el túnel donde se ubican los garajes. Con fecha de 27 de marzo de 2012, se celebra junta de propietarios donde se alcanza el acuerdo de aprobar la realización de las obras, un presupuesto cuantificado y una cuota extraordinaria durante cuatro años para el pago de los arreglos. Los demandantes alegan que: a) votaron a favor de dicho acuerdo dos comuneros que no se encontraban al día en el pago de las cuotas sociales, con lo que, suprimido el voto de estos dos comuneros, no se habría alcanzado el 75 % de los votos necesarios para su adopción, conforme al artículo 16 de los estatutos sociales; b) no están obligados al pago de tales gastos, habida cuenta que no se trata de un elemento común, sino de un pasaje privado de acceso al garaje. Los demandados se oponen a la demanda, señalando: 1) el túnel de acceso a los garajes tiene natu-

raleza común y, por ello, los demandantes están obligados al pago de las obras de reparación del mismo; 2) basta el voto de la mayoría, sin que sea exigible el 75 % que afirma la demandante, por cuanto los estatutos actualmente en vigor exigen únicamente la mayoría simple.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando no haber lugar a acordar la nulidad de los acuerdos, si bien quedan parcialmente modificados. Entiende el Juez que las obras se refieren a un elemento común perteneciente a las tres comunidades que tienen acceso al patio común. Señala también que dos de los vecinos que votaron en contra del acuerdo tampoco se hallaban al corriente de sus pagos. Siendo así, los votos válidos en contra habrían sido cuatro y no seis, frente a catorce a favor y una abstención, con lo que sí se habría alcanzado la mayoría cualificada del 75% favorable al acuerdo. Al no haberse ratificado esta mayoría en la junta de mayo, se estaría en una situación análoga a la que prevé el último párrafo del artículo 17 LPH, que permite al Tribunal resolver en equidad. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, con los mismos argumentos esgrimidos por el Juez de Primera Instancia.

Los demandantes interponen recurso de casación. Alegan, en primer lugar, la infracción de los artículos 15.2 y 16.2 LPH, en relación con el 6.4 y 7.2 CC, respecto a la omisión de los propietarios morosos en las convocatorias de juntas generales de propietarios, así como a la adopción de acuerdos con el voto de propietarios morosos, y la jurisprudencia que prohíbe el abuso de derecho. En segundo lugar, la infracción del artículo 17.4 LPH, por indebida aplicación del juicio de equidad. Argumentan los recurrentes que la sentencia recurrida ha infringido dicha doctrina, toda vez que los acuerdos impugnados se adoptaron con el voto de dos comuneros que no estaban al corriente en el pago de las cuotas, no siendo válido su voto, con la consecuencia de que no se alcanzó la mayoría del 75 % exigida, siendo los acuerdos adoptados nulos de pleno derecho. Según el Tribunal Supremo, que en el artículo 16 de los estatutos se exija el 75 % para la aprobación de cuotas extraordinarias, significa que se establece un especial quórum. Sin embargo, lo establecido en los estatutos no puede alterar lo dispuesto en la LPH. Su artículo 10.1 señala que los acuerdos de simple mantenimiento de elementos comunes, como aquí ocurre, se aprueban por simple mayoría, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18 LPH, que no es el caso. Esa mayoría reforzada, apunta el Tribunal Supremo, no puede imponerse para la mera aprobación de un presupuesto de mantenimiento e impermeabilización de elementos comunes, aún cuando se financie mediante cuotas extras. No estamos ante un supuesto de obras suntuarias (art. 17.4 LPH), sino de mera conservación (art. 10.1 LPH). Por otro lado, entiende el Tribunal Supremo que tampoco puede apreciarse abuso de derecho en los demandados. Aunque los demandantes forman parte de una urbanización físicamente separada del resto de las viviendas por un vial público, ello no impide que puedan hacer uso de la plaza ajardinada, como elemento común, que es, junto con los caminos o aceras que la cir-

cundan (art. 5 de los Estatutos). En base a todo lo anterior, el Alto Tribunal desestima el recurso de casación.

NOTA.—Sobre la omisión de propietarios morosos en las convocatorias de juntas generales de propietarios, así como a la adopción de acuerdos con el voto de propietarios morosos, *vid.* SSTs de 2 de julio de 2009 y 27 de febrero de 2002. (S. L. M.)

26. Servidumbre voluntaria de paso. Constitución por título. El contenido y alcance de los derechos y obligaciones de los predios dominante y sirviente vienen determinados por el título constitutivo (art. 598 CC).—Cuando hay título, y es el caso, ésta es la fuente primaria (SSTs de 31 de mayo de 1949; 29 de mayo de 1975; 12 de junio de 1981). La STS de 2 de mayo de 1983 declara que «[e]s claro que, siendo servidumbre voluntaria se ha de regir prioritariamente, como todas las de su clase, según el artículo 536 del CC en relación con los 594 y siguientes, y conforme a lo que dispone el 598, por el título de su constitución, determinante de los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente, de tal suerte que sólo en defecto de título se regirá la servidumbre por las disposiciones del título 7.º, libro 2.º que le sean aplicables...». Así se viene reiterando, entre otras, en las SSTs de 19 de diciembre de 2003; 27 de marzo de 1999; 17 de noviembre de 2011; 25 de febrero de 1988.

Derecho real de servidumbre. Las notas esenciales de ser *utiliter* y ejercerse *civiliter*.—El derecho real de servidumbre tiene dos notas esenciales (entre otras), como declara la sentencia de 7 de junio de 2006 el ser *utiliter* y el ejercerse *civiliter*. En cuanto a la primera: la utilidad justifica el contenido y la propia existencia de servidumbre; ésta debe prestar una utilidad sirviendo un interés del predio dominante (en beneficio de otro, dice el artículo 530) por lo que el gravamen que implica no puede ser más amplio que la utilidad que proporciona. En cuanto a la segunda: el ejercicio del derecho de servidumbre debe ser adecuado al interés, en el sentido de que no caben servidumbres generales o universales, sino que el contenido debe quedar especificado, es decir, el ejercicio del derecho debe ser concreto, lo que responde al concepto de poder parcial sobre el predio sirviente.

El predio sirviente es la finca en su totalidad y no la parte afectada por la servidumbre.—El predio sirviente es la finca, no una parte de ella; por lo que el objeto concreto de la servidumbre recae sobre la zona afectada, respondiendo, pues, al concepto de poder parcial sobre el predio sirviente.

No se infringe el artículo 594 CC cuando el gravamen impuesto no afecta a la totalidad del predio sirviente y sus utilidades.—La STS de 19 de mayo de 2008, niega que se infringiese el artículo 594 CC en que se fundamenta la servidumbre predial de la que es titular la dueña del predio dominante, pues «la servidumbre se constituyó por negocio jurídico establecido por la de dueña de dos fincas al vender una de ellas y así lo tuvo por conveniente, como dispone el artículo 594 CC: el predio dominante no absorbe toda la utilidad de «la cosa» sino una parte del predio sirviente y esta parte, este gravamen, es el uso de toda el agua que emana del pozo, no es el uso de todo el predio sirviente. La servidumbre de aguas que se puede constituir como servidumbre voluntaria, a favor del dueño del predio dominante que será el titular del derecho subjetivamente real y ejercerá las facultades que forman el contenido del derecho de servidumbre; el dueño del predio sirviente deberá soportar el gravamen que le representa la servidumbre. Este es el

caso presente, en que el demandante deberá soportar que el agua del pozo sito en su predio sirviente lo utilice exclusivamente la dueña del predio dominante». (STS de 5 de abril de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La servidumbre voluntaria de paso, objeto de litigio, se constituyó mediante contrato en el que se estipuló expresamente que se establecía para uso exclusivo del predio dominante. Por otro lado, además de delimitarse la anchura y recorrido del camino se autorizó al titular del paso a realizar todas las obras necesarias para que el camino servidero pueda servir al uso a que ha sido destinado, incluyendo delimitación, amojonamiento y cerramiento del mismo, asfaltado, iluminación, colocación de portón de acceso en el camino servidero, tendidos eléctricos, paso de agua, teléfono y desagüe. Posteriormente, los sucesores en la titularidad del predio sirviente demandaron a los propietarios del fundo dominante solicitando que se les reconozca el derecho a usar la zona sobre la que se recae la servidumbre de paso y subsidiariamente la nulidad del título constitutivo. El Juzgado de Primera Instancia estimó el derecho de los demandantes al uso de la zona afectada por la servidumbre. La Audiencia Provincial estima el recurso y desestima la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C.O.M.)

NOTA.—A diferencia de la legislación catalana (vid. artículo 566.1 CCCat), el Código Civil no hace referencia, en la definición del artículo 530, a la parcialidad de goce como uno de los elementos definitorios de la servidumbre predial. No obstante, es pacífico en la doctrina afirmar que la utilidad que comporta el gravamen sobre el predio ajeno no puede llegar hasta tal punto que anule el derecho de propiedad absorbiendo todos los aprovechamientos del predio sirviente [vid. REBOLLEDO VARELA, *Las servidumbres en el Código Civil*, en «Tratado de Servidumbres» (coord. Rebolledo Varela), Aranzadi, Navarra, 2002 pág. 77]. La razón está en que la servidumbre como derecho real limitado debe coexistir con el derecho de propiedad sobre el que recae sin anularlo. En caso contrario, no estaríamos en presencia de una servidumbre, sino que se podría indagar si estamos ante un derecho personal o un usufructo [cfr. NAVAS NAVARRO, *Comentario al artículo 530 y al artículo 594 CC*, en «Comentarios al Código Civil» (dir. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid 2010, págs. 658 y 702]. En los supuestos en los que el titular del predio dominante tuviere el uso exclusivo de la parte del predio sirviente afectada por la servidumbre, con derecho a impedir al propietario del fundo gravado su utilización, la jurisprudencia admite la validez de la servidumbre bajo los argumentos de que el predio sirviente es la finca, no una parte de ella, y siempre que el aprovechamiento que se cede, de forma exclusiva, no agote todas las facultades del dominio (vid. RRDGRN de 21 de febrero y 7 de abril de 2000, SSTS de 7 de junio de 2006, 19 de mayo de 2008 y 5 de abril de 2016).

DERECHO DE FAMILIA

27. Divorcio: Guarda y custodia compartida: Atribución de la vivienda familia: Cuestión previa: Irretroactividad del Derecho vasco.—Con carácter previo es preciso dar respuesta al motivo de oposición al recurso de casación dado que como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 7/2015, de 30 junio, sobre relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco, se deberá aplicar a las personas que tengan vecindad civil vasca, siendo incompetente para resolver el recurso el Tribunal Supremo por falta de competencia territorial, funcional y objetiva.

A los presentes efectos debemos tener en cuenta los siguientes datos: el recurrente presentó el 8 abril 2015 escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 26 febrero 2015, por la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya, dimanante del juicio de divorcio seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Balmaseda. El principio de irretroactividad de las normas, artículo 2.3 CC, y los efectos de la litispendencia, artículo 410 LEC, y perpetuación de la jurisdicción, artículo 411 LEC, enervan lo alegado por la parte recurrida. La ley invocada es posterior al presente procedimiento (incluso su entrada en vigor lo es también a la presentación del recurso de casación), lo que determina su inaplicación. El motivo del recurso de casación lo es la infracción del artículo 96 CC, y de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, y en base a ello se admitió el mismo, al concurrir en dicho momento procesal los presupuestos precisos para superar la fase de admisibilidad. Sin que del tenor de la DT de la Ley 7/2016, resulte cosa distinta de lo expuesto, y es que en efecto, desde su entrada en vigor, la indicada Ley será de aplicación en su caso, y concurriendo los presupuestos precisos la aplicación de las normas contenidas en ella, por la vía del procedimiento judicial de modificación de medidas; sin que pueda sostenerse de su tenor literal una pretendida eficacia retroactiva de la ley.

Esta Sala ha venido repitiendo que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia sólo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio del interés del menor a la vista de los hechos probados (SSTS de 21 y 22 julio de 2011, 9 de marzo y 25 de octubre de 2012). La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste». Sólo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar las circunstancias más adecuadas para dicha protección (SSTS de 11 de enero y 27 de abril de 2012).

Por tanto, como informa el Ministerio Fiscal, se ha de partir de los hechos inatacados que da como probados la sentencia recurrida, a saber: i) Que la vivienda familiar ha permanecido deshabitada por la madre y su hija Izaro; ii) que han pasado a residir habitualmente a otra vivienda del mismo barrio; iii) que el padre, a raíz de la ruptura reside asimismo en diferente vivienda del mismo barrio; iv) que ambos progenitores disponen actualmente de vivienda para atender las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda y custodia de ella.

El CC ha incorporado modificaciones importantes en su artículo 92 en materia de atribución de la guarda y custodia compartida, según redacción dada por la Ley 15/2015, de 8 de julio, y la declaración de inconstitucional y nulo del inciso «favorable» del informe del Ministerio Fiscal contenido en su núm. 8, en la STC 185/2012, de 17 octubre. Pero no existe una regulación

específica para adaptarla a este régimen de custodia, en contra de lo que sí han llevado a cabo otras legislaciones autonómicas (Cataluña, Aragón, Valencia y recientemente el País Vasco).

La Sala, ante tal vacío en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el pár. 2.º del artículo 96 CC, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro, remitiendo al juez resolver «lo procedente». Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más interesado de protección, que no es otro que aquél que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres (STS de 24 octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que, conforme a la regla dispuesta en el artículo 96 Cc, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar: «Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el artículo 96.2 CC, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS de 9 de septiembre de 2015), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales» (SSTS de 17 de noviembre de 2015 y 11 de febrero de 2016, entre otras).

Tal doctrina ha sido respetada por la sentencia recurrida, pues en atención a las circunstancias fácticas que tiene por probadas, concluye que los intereses a tener en cuenta se encuentran satisfechos y no debe hacerse atribución de uso y disfrute de la vivienda que fue familiar. (**STS de 6 de abril de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Con carácter general cabe decir que la introducción de la guarda compartida en nuestra legislación codicial está obligando a modificar no pocas soluciones jurisprudenciales ya consolidadas, en proceso que algunos reputan lento. La dificultad se incrementa todavía si concurren los singulares datos fácticos aquí contemplados (abandono de la vivienda familiar y alojamiento en viviendas independientes, tanto de la madre con la hija menor como del padre). La laguna legal se resuelve en atención a las circunstancias, con aplicación preferente del interés del menor. Entre los precedentes cabe mencionar STS de 15 de julio de 2015 (Ponente E. Barrena Ruiz), en *ADC*, 2017, pp. 326-327, con nota mía (*G. G. C.*)

28. Posesión en precario, atribución de la vivienda familiar y desahucio.—La atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia (art. 96 CC) no constituye título jurí-

dico hábil para justificar una posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas del matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posesión jurídica y una protección de vigor jurídico superior a la que la situación de precario proporciona a la familia (STS de 14 de julio de 2010). La solución a estos conflictos debe darse desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o separación nada tienen que ver con los terceros propietarios (STS de 18 de marzo de 2011).

Por el contrario, cuando el cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema, pues el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de separación o divorcio. En ese caso, debe mantenerse al cónyuge en la posesión única acordada por el convenio regulador o por la sentencia. Esta solución no resulta de aplicación cuando el cónyuge al que no se atribuye el uso de la vivienda se había convertido, en virtud del Derecho sucesorio y antes de la crisis matrimonial, en copropietario de la vivienda. Es más, la situación de precario no se habría modificado tampoco aunque la copropiedad antedicha existiera en el momento del establecimiento del domicilio conyugal en la vivienda. La razón descansa en que el titular de una determinada cuota en la copropiedad no puede darla válidamente por sí solo en comodato o préstamo de uso a un tercero (arts. 394 y 398 CC). **(STS de 28 de abril de 2016; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—A y B, propietarios de una vivienda ganancial, cedieron en 1989 el uso de la misma a su hijo, C, para que estableciera en ella el domicilio conyugal con D, su esposa. El matrimonio formado por C y D tuvo un hijo, F, en 1992. En 1996, A, padre de C, falleció sin haber otorgado testamento, siendo declarados herederos abintestato sus dos hijos, entre los que figuraba C. Por sentencia dictada en 2001, se declaró la separación del matrimonio formado por C y D. En el convenio regulador se atribuyó el uso y disfrute de la vivienda a D, en cuanto cónyuge a quien se le atribuye la guarda y custodia del hijo menor, F. Tras ello, en julio de 2001, se otorgó escritura de aceptación y partición de la herencia de A, resultando adjudicada la propiedad de la vivienda a B, el 50 % en pleno dominio y el 16,66 % en usufructo vitalicio. A cada uno de los dos hijos de A y B, entre los que se encontraba C, se les atribuyó el 16,66 % de dicha vivienda en pleno dominio y el 8,33 % en nuda propiedad. Por sentencia, dictada en julio de 2002, se disolvió el matrimonio formado por C y D, atribuyéndose también en el convenio regulador el uso y disfrute de la vivienda a D, en cuanto cónyuge a quien se atribuía la guarda y custodia del hijo menor, F.

En 2012, B interpuso demanda de desahucio por precario de la vivienda contra D y contra el hijo menor de esta, F, ya mayor de edad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, porque los ocupantes de la misma, D y F, carecían de título alguno que les legitimase para seguir habitando en ella. A juicio del Juzgado, el uso de la vivienda les fue atribuido en la sentencias de separación y

divorcio del matrimonio, siendo B tercera ajena a dichos procedimientos, por lo que debía concluirse que B se encontraba legítimamente legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia y en su lugar dictó otra desestimándola. En su sentencia afirmaba que se daba la circunstancia de que uno de los copropietarios de la vivienda, C, fue a su vez el firmante del convenio regulador por el que se atribuyó a D y F el uso de la misma.

Contra la sentencia de la Audiencia, B interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

29. Ineficacia correspondiente a los actos de disposición sobre bienes gananciales efectuados por el cónyuge capaz sin la preceptiva autorización judicial.—La ineficacia de los actos otorgados por el cónyuge tutor sin autorización judicial (art. 1389 II CC) no es la nulidad general (arts. 1259 y 6.3 CC), como ocurre con la disposición por el padre o tutor de los bienes de sus hijos o pupilos sin autorización judicial, sino la anulabilidad prevista por el artículo 1322 CC, que establece un tipo de ineficacia concreto para la disposición de gananciales sin previa autorización (STS de 23 de septiembre de 2010).

Inicio del cómputo del plazo de la acción de anulabilidad.—Al supuesto del artículo 1301 CC, previsto para cuando la acción se ejerciese con el fin de invalidar los actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro cuando este consentimiento fuere necesario, debe equipararse el caso de falta de autorización judicial, ya sea porque el cónyuge se encuentre incapacitado, ya sea porque se ha producido la disposición directamente y en contra de lo establecido en el artículo 1322 CC. Por tanto, el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad comienza desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio (STS de 23 de septiembre de 2010).

Imputación al representado de la mala fe del representante.—En el ámbito de la representación voluntaria puede imputarse al representado la mala fe de su representante, no así en el ámbito de la representación legal donde no cabe imputar la mala fe del representante al representado totalmente incapacitado, por ejemplo.

Aplicación del artículo 33 LH a los contratos anulables.—La no convalidación de los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 33 LH) también se aplica a los actos o contratos anulables mientras dure la acción de anulación.

Adquisición a non domino. Venta judicial.—El artículo 34 LH contempla los supuestos de adquisiciones a *non domino* a favor de los terceros de buena fe que cumplan los requisitos exigidos en el mismo (adquisición onerosa de persona que aparezca como titular registral con facultades para transmitir y que, a su vez, inscriba su derecho) (STS de 5 de marzo de 2007). Esta doctrina resulta también y en buena lógica de aplicación a quien adquiere el dominio en virtud de adjudicación judicial de un inmueble. (STS de 20 de abril de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—D. Simón fue incapacitado en virtud de sentencia judicial y quedó sometido al régimen de tutela el 6 de febrero

de 2001, nombrándose como tutora, el 16 de abril, a Dña. Martina, cónyuge de D. Simón y casada con él en régimen de gananciales. El 20 de enero de 2004 el Juzgado dispuso el nombramiento del hijo de D. Simón y Dña. Martina, D. Julio, como tutor de los bienes de su padre, manteniendo a Dña. Martina como tutora de su persona. Con anterioridad, el 18 de diciembre de 2001, los cónyuges adquirieron en escritura pública, para su sociedad de gananciales, una vivienda sin contar con autorización judicial ni poner de manifiesto la ya condición de incapacitado de D. Simón. D. Simón y Dña. Martina constituyeron, el 31 de octubre de 2002, tres hipotecas cambiarias sobre esta vivienda prescindiendo también de la autorización judicial y de poner de manifiesto la condición de incapacitado de D. Simón. Cada una de las hipotecas garantizaba el pago de una letra de cambio. Ante los impagos de las letras, los acreedores instaron los correspondientes procedimientos judiciales de ejecución, que concluyeron con la adjudicación de la vivienda a D. Alberto.

El 28 de septiembre de 2010, Dña. Martina, en nombre propio, y D. Julio, interviniendo como tutor de D. Simón, interpusieron demanda contra Dña. Carlota (acreedora hipotecaria y primera tenedora de las letras), D. Alberto y la Sociedad E (endosataria de una de las letras de cambio). Los demandantes solicitaban que se declarase la nulidad de pleno derecho de las tres hipotecas, porque se constituyeron estando D. Simón judicialmente incapacitado y sin autorización judicial previa. También solicitaban que se declarase que correspondía a la sociedad de gananciales la propiedad de la vivienda, condenándose a D. Alberto a entregarles la posesión de la misma, por carecer D. Alberto de la condición de tercero protegido por la fe pública registral, ya que según el artículo 33 LH la inscripción no pudo salvar la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda sobre la base de la contradicción en que incurría la tutora, Dña. Martina, porque siendo una de las demandantes solicitaba la nulidad que ella mismo contribuyó a que se produjera, alegaba que el matrimonio no acudió a la notaría a formalizar las escrituras.

Contra la sentencia de instancia, la parte actora interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia del Juzgado. A juicio de la Audiencia, la nulidad la patrocinó la propia tutora, Dña. Martina, cuanto intervino, primero en la adquisición del inmueble para la sociedad de gananciales, y después en los distintos contratos de hipoteca, que gravaban los bienes gananciales, ocultando la situación de su marido, D. Simón, debiendo por tanto asumir las consecuencias de sus propios actos. Concluyó la Audiencia que siempre tendrá la tutora que asumir las obligaciones de su plena y capaz intervención en los contratos, no siéndole posible acudir a la acción de anulabilidad; y haber sucedido lo propio desde que fue designado tutor el hijo de D. Simón, D. Julio.

Contra la sentencia de la Audiencia, la parte demandante interpuso recurso de casación.

NOTA.—La Sala 1.ª aplica el artículo 33 LH para denegar la convalidación de los contratos de constitución de hipotecas, que

adolecían de nulidad *ex* artículo 1322 CC. No analiza sin embargo, acaso porque implícitamente entiende que no existe buena fe, la eventual condición de tercero hipotecario que habría podido tener la acreedora hipotecaria, Dña. Carlota, que inscribió su derecho en el Registro; ello en aplicación del principio de fe pública registral (art. 34 LH). Repárese en que, en este caso, existía una limitación en el poder de disposición sobre el inmueble. De lo anterior se sigue que la consecuencia podría haber sido la inmundidad del tercero adquirente de un derecho real limitativo del dominio (como es la hipoteca) frente a las acciones dirigidas a hacer ineficaz el acto del transmitente, de haber concurrido claro está todos los requisitos del artículo 34 LH. Esta podría haber constituido una solución coherente con la doctrina emanada de la STS 5 de marzo de 2007. Además, esta posible solución no habría estado en contradicción con el artículo 33 LH, si se asume que el poder de disposición no es requisito de la validez del título en la transmisión de derechos reales, sino del modo o tradición (art. 609 CC); y que el defecto en la tradición queda salvado por la vía del artículo 34 LH. En cualquier caso, la solución final a la que llega la Sala 1.^a no habría variado. (A. I. R. A.)

DERECHO DE SUCESIONES

30. Testamento abierto: Nulidad por falta de capacidad mental.–

Los demandantes (doña Macarena y don Adrián) ejercitan una acción de nulidad del testamento abierto otorgado por su tío, don Félix, el 21 octubre 2009. En dicho testamento, que revocaba uno anterior otorgado el 20 mayo 1981, el notario autorizante realizó el juicio de capacidad para su otorgamiento y don Félix instituyó como heredera universal a su sobrina doña Estefanía (hija de su otra hermana doña Lorena).

Una vez que en el mes de agosto de 2009 los actores, que desde tiempo venían observando una evolución en su tío don Félix con pérdidas de memoria e ideas delirantes, lo ingresaron en el Centro Intergeneracional Ovida, donde el doctor Hermenegildo el 26 de agosto de 2009, tras examinarlo, emitió un informe en el que aludía a la alteración inmediata de la memoria, desorientación en persona, tiempo y espacio, alteración del cálculo y escritura, afasia, apraxia y agnosia, por lo que estimando que su patología neurológica le impedía realizar una vida activa obligándole a precisar ayuda de tercera persona, y entendiendo tal cuadro clínico irreversible, dicho facultativo puso los hechos en conocimiento de la Fiscalía a fin de iniciar un proceso de incapacitación, lo que asimismo denunciaron los actores.

En dicho procedimiento, el 28 de septiembre de 2009, el Forense emitió un dictamen tras examinar al presunto incapaz, en el que entre otras cuestiones resaltó su conducta educada, un grado de colaboración aceptable, un consciente nivel de conciencia, una orientación autopsíquica deficiente y una memoria deficitaria, con inteligencia dentro de los límites normales. En cuanto al área cognoscitiva señaló que su deterioro cognitivo era leve o moderado, dándose cuenta parcialmente de que mentalmente se está deteriorando, precisando ayuda para las habilidades de la vida independiente, conociendo su situación económica pero presentando limitaciones para decidir

con total libertad sobre su patrimonio, sobre todo porque puede ser fácilmente influenciable. En cuanto a su valoración aludió a demencia senil e incapaz parcial, y en cuanto a las capacidades adaptativas refirió defecto cognoscitivo moderado, discapacidad limitada a actos patrimoniales complejos. En cuanto a sus conclusiones, señaló que el paciente presentaba diagnóstico compatible con delirium, demencia, trastornos amnésicos y otros cognoscitivos, estando parcialmente anulada la capacidad de autogobierno de bienes y personas. Demencia senil y afección neurológica permanente. Recomendó su ingreso en un geriátrico para garantizar sus cuidados.

Desde su ingreso en el Centro Intergeneracional, don Félix recibía visitas de sus sobrinos antes referidos, si bien el día 20 de octubre de 2009, doña Estefanía, igualmente sobrina suya como hija de otra hermana, y con quien también mantenía trato, compareció en dicho centro solicitando ser incluida como persona de contacto con su tío, acudiendo a visitarlo desde entonces casi cotidianamente y sacándolo varias horas fuera del mismo.

El 21 de octubre de 2009, a las 18:20 horas, don Félix compareció en la Notaría de don Luis Alfonso Tejuca Pendas a fin de otorgar testamento abierto, habiéndolo juzgado dicho fedatario con capacidad suficiente para otorgarlo, conteniendo el mismo una única cláusula consistente en instituir como heredera universal a su sobrina doña Estefanía, con sustitución vulgar para sus descendientes.

Dos días más tarde, el 23 de octubre de 2009, don Félix volvió a comparecer en la misma notaría a fin de otorgar poder para pleitos, y obviamente personarse en el procedimiento de incapacidad, señalando nuevamente el fedatario que a su juicio tenía capacidad suficiente para dicho otorgamiento.

El doctor Hermenegildo el 28 de octubre de 2009 emitió nuevo informe en el que señalaba que el paciente a su ingreso en el centro había sido diagnosticado de demencia degenerativa tipo Alzheimer, persistiendo en la actualidad problemas de memoria, desorientación y alteración del juicio crítico que condicionan sus actividades de la vida diaria y la necesidad de supervisión las 24 horas del día, habiéndose controlado desde el punto de vista conductual su sintomatología neuropsicológica.

El 31 de octubre de 2009 don Adrián denunció a doña Estefanía haber efectuado diversas extracciones de la c.c. abierta a nombre de don Félix en oficina central de BBVA de Oviedo, así como cancelación de fondos. El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Oviedo incoó diligencias previas núm. 3291/09, resultando que, en efecto, la c.c. estaba a nombre de don Félix, estando autorizada para operar doña Estefanía, que la cancelación fué solicitada por su titular, acompañado por doña Estefanía, habiéndose realizado diversas operaciones (cancelación de fondos de inversión, emisión de cheque bancario), y singularmente la apertura de otra c.c. en el Banco Popular por importe de 600.000 euros, el mismo día. La denunciada doña Estefanía compareció en el Juzgado reconociendo los mencionados hechos. Por su parte don Félix declaró el 13 de enero de 2010 señalando que la decisión de cancelar los fondos y pasar el dinero al Banco Popular la había tomado él mismo, y que no sabía si tenía autorización a su sobrina. Que la razón del cambio de dinero fue por consejo de ciertas amistades, no de su sobrina, y que el cambio lo hizo porque le pareció que era conveniente, respondiendo a la pregunta de si era consciente de los efectos fiscales de dichos movimientos, que no es que tenga o no conocimiento, sino que los paga cuando tiene que pagarlos.

El Fiscal informó en las diligencias previas el 15 de febrero de 2010, considerando no existir motivos suficientes para estimar la comisión de un

delito patrimonial, a pesar de la existencia de sospechas sobre la finalidad de tales operaciones y la capacidad del titular de emitir un válido consentimiento, señalando que aunque don Félix presenta un deterioro mental, del informe forense se deduce que aún siendo persona influenciable posee cierta capacidad de control personal y conocimiento de su situación patrimonial, y de la propia declaración prestada por él en la causa se deduce un discurso expresivo de una voluntad consciente, al menos en cierto grado. Por el Juzgado se dictó auto de sobreseimiento de dichas actuaciones en cuya resolución se consignó literalmente lo siguiente: «A pesar de su edad y de su estado de salud aquejado de una demencia senil, sin embargo, como recoge el Médico Forense en su informe y pudo apreciarse en su comparecencia y declaración prestada a presencia judicial ante este juzgado, no tiene anuladas las facultades de autogobierno de su persona y bienes y conserva un cierto grado de control y conocimiento de su situación personal y patrimonial, habiéndose expresado en todo momento de forma coherente y consciente...».

El 15 de abril de 2010 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia en el procedimiento de incapacitación acordando la modificación de la capacidad de obrar de don Félix, declarando su falta de capacidad de obrar y habilidades para actuar por sí solo y prestar consentimiento válido, entre otras cuestiones, para otorgar testamento, designando como tutor a don Adrián. Esta sentencia fue recurrida por dicho declarado incapaz, dictándose otra por la Sec. 6.ª de la misma Audiencia Provincial que la revocó en el sentido de declarar tutora a doña Estefanía, señalando no existir en tal persona, que era la propuesta por el propio incapaz, impedimento legal alguno para asumir el cargo, y que por las declaraciones prestadas por el propio interesado así como por todos sus sobrinos, en el acto de la vista celebrado en segunda instancia, resulta que aquella es el familiar que ha tenido anteriormente y tiene en la actualidad una mayor relación personal con el mismo, y no existe razón para no atender a sus preferencias.

Prueba concluyente de la falta de capacidad al otorgar testamento: Presunción de capacidad y favor testamenti: Doctrina jurisprudencial aplicable.—Lo que viene a precisar la sentencia recurrida, de forma acertada, es que, para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar, de modo concluyente (entre otras STS de 26 de abril de 2008), la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación; sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos «ex tunc» de la sentencia de incapacitación. De ahí que la sentencia recurrida base su decisión en la valoración conjunta de la prueba practicada llegando a la conclusión, pese a las dudas razonables que presenta este caso, de que no se ha acreditado de manera inequívoca o indudable la carencia de capacidad mental del testador. Conclusión que infiere no de la existencia de una previa o coetánea declaración de incapacidad judicial del testador, sino de la propia valoración de la prueba practicada. Y ante la ausencia de una prueba concluyente de la incapacidad del testador, al tiempo de otorgar el testamento, la sentencia de la Audiencia Provincial aplica correctamente el principio del «favor testamenti» y su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTS de 26 de abril de 2008, 30 de octubre de 2012, 15 de enero de 2013, y 19 de mayo de

de 2015). (STS de 8 de abril de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—No consta en autos la edad exacta de don Félix, pero la minuciosa explicación de los hechos jurídicos que vivió en la última etapa de su vida permite concluir que no fueron precisamente ni tranquilos ni placenteros. A simple vista asistimos a las maniobras, en cierto modo paradigmáticas, que en presencia del tío sin herederos forzosos, suelen - o tienen la tentación de - urdir todos o algunos de sus sobrinos para heredarle en su día. Es probable que los recurrentes hubieran sido designados únicos herederos en el testamento otorgado en 1981, y que fue revocado íntegramente en 2009. Precisamente se comprueba que, en tales fechas, es cuando los acontecimientos y maniobras parecen acelerarse. Los recurrentes advierten el deterioro de su salud y deciden ingresarlo en el Centro Intergeneracional Ovida, sin que conste oposición de don Félix. Hay un primer informe médico del dr. Hermenegildo adscrito al mismo en 26 de agosto de 2009 que permite iniciar un procedimiento de incapacitación con denuncia al Ministerio Fiscal, al que se adhieren los sobrinos Macarena y Adrián. Simultáneamente aparece en escena la sobrina Estefanía, hija de otra hermana de don Félix, que se inscribe en Ovida en calidad de tal, ofreciéndose a acompañar a su tío a dar largos paseos, y también acudirá a una Notaría compareciendo el 21 de octubre de 2009, haciendo constar el fedatario que, a su juicio, don Félix tiene capacidad para otorgar testamento abierto, y dos días después lo hace nuevamente para otorgar poder a favor de Estefanía, para, entre otras cosas, personarse como representante suyo en el proceso de incapacitación iniciado. Macarena y Adrián interponen diligencias previas penales con fecha 31 de octubre contra su prima Estefanía, posteriormente sobreseídas. La sentencia de 30 de enero de 2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Siero declara la plena incapacitación de don Félix, designando tutor a don Adrián, y la sentencia de 19 de diciembre de 2013, de la sec. 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, la confirma pero nombra tutora a doña Estefanía. Nada consta del trato dispensado ulteriormente a don Félix por sus sobrinos en conflicto, aunque cabe presumir un adecuado comportamiento por parte de la sobrina Estefanía. Todos esperan a que, producido el óbito, se publicaran las disposiciones testamentarias de 21 de octubre de 2009. Previamente, el lector de la sentencia abriga dudas sobre la corrección de la sentencia de incapacitación, pero el sorprendente fallo del recurso de apelación (cambio de la persona del tutor de don Félix) facilitó el «statu quo» entre los sobrinos litigantes. Por mi parte, insisto, mientras vivió: ¿se han respetado plenamente los derechos fundamentales del discapacitado afectado? ¿fue correcta la incapacitación total, incluyendo la facultad de testar? Convendría mencionar la importante STS de 13 de mayo de 2015 (Ponente Sancho Gargallo), en ADC, 2016, pp. 655-659, sobre al alcance de la incapacitación. Ciertamente, en este caso, nada pudo declarar la sentencia recurrida sobre el tema sugerido, dados los estrictos elementos subjetivos del recurso interpuesto. Por lo demás la sentencia extractada es convincente pues, en el caso, la sentencia de incapacitación se dicta casi cuatro años más tarde que el otorgamiento del testamento discutido,

y se aplican oportunamente el principio del «favor testamenti», así como la presunción de capacidad del mayor que, marginalmente, apunta claramente hacia un indudable «status» del mayor (*G. G. C.*).