

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXIX, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 2016

ANUARIO  
DE  
DERECHO  
CIVIL

Tomo LXIX  
Fascículo IV

2016



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA

**BOE** BOLETIN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

## Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Catedrático de Derecho civil

## Dirección

LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (†)

Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS

Letrado de la DGRN, Profesor Titular de Derecho civil.

Universidad Complutense de Madrid

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

## 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

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

JORGE CAFFARENA LAPORTA

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

GABRIEL GARCÍA CANTERO

Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Zaragoza

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Sevilla

VICENTE GUILARTE ZAPATERO

Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Valladolid

ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS

Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Alcalá de Henares

JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ

Notario

JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS

Notario

MANUEL OLIVENCIA RUIZ

Catedrático de Derecho mercantil.

Universidad de Sevilla

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO PAU PEDRÓN

Registrador de la Propiedad

JOSÉ POVEDA DÍAZ

Registrador de la Propiedad

LUIS PUIG FERRIOL

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Barcelona

IGNACIO SOLÍS VILLA

Notario

TEODORA F. TORRES GARCÍA

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Valladolid

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, acreditada como Profesora Contratada Doctora de Derecho civil (acreditada Profesora Titular Universidad), Universidad Autónoma de Madrid.

## ÍNDICE DEL ANUARIO DE DERECHO CIVIL 2016, FASCÍCULO IV

	<i>Pág.</i>
<b>Estudios monográficos</b>	
Jaime ALCALDE SILVA: «La eficacia de la reserva de dominio en el Derecho chileno» .....	1195
Patricia ESCRIBANO TORTAJADA: «Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida <i>post mortem</i> en la actualidad» .....	1259
Javier FAJARDO FERNÁNDEZ: «Arrendamientos con prórroga convencional» .....	1321
Luis HERNANDO CEBRIÁ: «La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones» ...	1385
<b>Vida jurídica</b>	
Junta Directiva de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano/María de los Ángeles Parra Lucán/María Nélica Tur Faúndez/José Ramón García Vicente/María del Pilar Álvarez Olalla): «Una Propuesta de Código civil» .....	1427
Raquel GUILLÉN CATALÁN: «Nuevos Retos Jurídicos de la Sociedad Digital: Propiedad, contratos, datos y registros electrónicos, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2016, dirs. Luz María Martínez Velencoso/Javier Plaza Penadés» .....	1439
<b>Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea</b>	
Por Marta OTERO CRESPO .....	1445
<b>Bibliografía</b>	
<b>LIBROS</b>	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
ANGULO RODRÍGUEZ, Javier de: «La modernización de los Registros», por Íñigo Mateo y Villa .....	1501
BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel, «La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual», por Antonio Cabanillas Sánchez ...	1509
ELIZALDE IBARBIA, Francisco: «El contenido del contrato», por Antonio Ismael Ruiz Arranz.....	1511
GREGORACI, Beatriz: «Cláusula resolutoria y control del incumplimiento», por María Jesús Monfort Ferrero.....	1518
<b>REVISTAS EXTRANJERAS</b>	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Alma M.ª RODRÍGUEZ GUITIÁN .....	1523
<b>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</b>	
<b>SENTENCIAS</b>	
A cargo de: Ramón CASAS VALLÉS, Agustín SERRANO DE HARO, Roberto SIERRA GABARDA, Carles VENDRELL CERVANTES .....	1553
<b>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</b>	
<b>SENTENCIAS</b>	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ: Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Isué VARGAS BRAND .....	1597

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados**

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)  
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 85,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 25,00 € (más gastos de envío).

## PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Los *originales*, necesariamente inéditos hasta el momento de su publicación en el *Anuario de Derecho Civil*, pueden enviarse a Antonio Manuel Morales Moreno, Codirector de la Revista, o a Nieves Fenoy Picón, Secretaria. El envío puede hacerse a sus respectivas direcciones de correo electrónico (antonio.morales@uam.es; nieves.fenoy@uam.es), o a la dirección postal de ambos en la Universidad Autónoma de Madrid (Facultad de Derecho, calle Kelsen, 1, 28049 Madrid). El envío postal incluirá el soporte informático.

Los trabajos recibidos serán sometidos a un proceso de *evaluación*, realizado por especialistas independientes, antes de decidir su publicación. El autor será adecuadamente informado.

## ADMINISTRACIÓN

### Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

## VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

### Librería del Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 91 111 40 00

Fax: 91 111 42 60

tienda@boe.es

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXIX, FASCÍCULO IV  
Octubre-diciembre, 2016

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2016

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

---

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

---

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

---

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

## La eficacia de la reserva de dominio en el Derecho chileno \*

**JAIME ALCALDE SILVA**

Profesor asistente de Derecho privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

### RESUMEN

*El presente trabajo aborda la eficacia de la reserva de dominio en el Derecho chileno. Dicha estipulación viene mencionada en los artículos 680 II y 1874 del Código Civil (1855), que la literatura científica ve como normas antinómicas y excluyentes entre sí. De manera habitual este conflicto se soluciona a favor del segundo en aplicación del criterio de especialidad, por estar referido éste al pago del precio en la compraventa y aquél a las modalidades a las que se puede sujetar la tradición. Sin embargo, el problema que presentan ambos artículos es en realidad de concurrencia acumulativa, porque uno y otro se refieren a aspectos distintos del pacto de reserva de dominio, de suerte que la antinomia entre ellos es sólo aparente. Para demostrar que esto es así se recurre a la historia legislativa de dichas normas y a las reglas hermenéuticas que ofrece el propio Código Civil, con el fin de discriminar entre las fases de constitución y de ejecución de la garantía que comporta la reserva de dominio para el vendedor.*

---

\* Este artículo hace parte del Proyecto FONDECYT de Iniciación núm. 11160615, («Los contornos de la protección dominical»), del cual el autor es investigador responsable. Una versión preliminar y más reducida fue publicada con el título de «Notas sobre la reserva de dominio», en TURNER SAELZER, S./VARAS BRAUN, J. A. (ed.), *Estudios de Derecho civil IX*, Santiago, ThomsonReuters, 2014, pp. 259-281. Las abreviaturas chilenas utilizadas son las siguientes: CC (Código Civil), CCom (Código de Comercio), CP (Código Penal), CPC (Código de Procedimiento Civil), DFL (decreto con fuerza de ley), DL (decreto ley), GT (*Gaceta de los Tribunales*), LPSD (Ley de prenda sin desplazamiento, del cual el autor es investigador responsable. Contendida en el artículo 14 de la Ley 20.190), LRLAEP (Ley 20.720 sobre reorganización y liquidación de activos de empresas y personas), RRCBR (Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces), RRNAE (Reglamento del Registro Nacional de Aeronaves), RDJ (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*), RRVM (Reglamento del Registro de Vehículos Motorizados), SCA (sentencia de la Corte de Apelaciones), SCS (sentencia de la Corte Suprema) y SCT (sentencia de la Corte del Trabajo).

*Una vez reconstruido este régimen, se fijan las posiciones jurídicas de las partes y terceros cuando se ha estipulado tal reserva, incluso frente a procedimientos concursales.*

## PALABRAS CLAVE

*Reserva de dominio, garantías atípicas, tradición condicional.*

## ABSTRACT

*The purpose of this study is to inquire on the efficiency of the retention of title clause in Chilean Law. Such clause is mentioned in Articles 680 II and 1874 of the Civil Code (1855), which scientific literature considers as contradictory and excluding norms. Usually, this conflict is resolved favoring the second article, applying the specialty rule, for it refers to the price payment in a sale, contrary to the first which explains the modalities to which the transfer of property can be held to. None the less, the real problem both articles present is actually one of accumulative concurrence, for which refer to different aspects of the retention of title clause, therefore rendering the conflict only as an apparent one. To demonstrate this, the argument examines the legislative history of the problem and the interpretation rules that the Civil Code itself provides, with the objective of discerning in between the constitution and execution phase that the retention of title entails for the seller. Once this regime is reconstructed, the juridical positions of the seller, the buyer and the third parties can be appreciated when such a clause has been introduced in a contract, even before bankruptcy procedures.*

## KEY WORDS

*Retention of title clause [Romalpa clause], atypical warranties, conditional transfer of property.*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La delimitación conceptual del problema.* 1. La reserva simple como paradigma. 2. La reserva de dominio y su relación con las garantías reales. 3. Las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la reserva de dominio y su irrelevancia apriorística. 4. El concreto ámbito dogmático elegido. 5. La extensión de la reserva de dominio a otros contratos traslaticios.—III. *La formulación del problema y su solución tradicional.*—IV. *La historia legislativa de los artículos 680 II y 1874 CC.*—V. *Un ensayo de reconstrucción en torno a la reserva de dominio.* 1. Premisa: la regla hermenéutica del artículo 13 CC y el problema del concurso o concurrencia de normas. 2. Una solución al problema a partir de la diferencia específica que presentan los artículos 680 II y 1874 CC. (a) *La fase de constitución de la reserva de dominio.* (b) *La fase de ejecución de la reserva de dominio.* 3. Recapitulación: las posiciones jurídicas de cada parte y de terceros en la reserva de dominio.—VI. *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

La reserva de dominio es un pacto que se suele incluir en el contrato de compraventa para garantizar que el vendedor recibirá el pago íntegro del precio convenido, de suerte que mientras ello no ocurre éste retiene para sí la propiedad de la cosa vendida, cuya tenencia pasa al comprador. En el Derecho chileno, empero, su procedencia viene excluida por la solución que se da a la antinomia supuestamente existente entre los artículos 680 II y 1874 CC. Con algunas excepciones, la aceptación constante de este rechazo ha traído consigo que no se reflexione sobre la conveniencia de su aceptación y se sostenga sin discusión la irrelevancia de una tal estipulación al celebrar un contrato de compraventa.

El propósito de este trabajo es demostrar que esas dos normas no comportan una contradicción irreductible, y menos pueden ser excluidas mediante el expediente de dar primacía a una sobre la otra en virtud del principio de especialidad. Esto se debe a que tales normas desempeñan cometidos propios y diversos dentro del sistema patrimonial diseñado por el Código Civil, de manera que cada una atañe a un efecto concreto del contrato de compraventa, sin que quepa superposición ni subordinación. La idea central que aquí se propone es que la reserva de dominio comporta una garantía típica, válida y eficaz, que condiciona suspensivamente la tradición de la cosa vendida, sin afectar el contrato de compraventa en sí ni el efecto obligacional que de él se sigue, y cuya ejecución se supedita a la disciplina general sobre el incumplimiento contractual.

De tal objetivo no se sigue que en este trabajo se pretenda abordar todas las cuestiones que suscita esta estipulación, sino sólo postular algunas ideas que sirvan para que ella se convierta en un mecanismo efectivo de reforzamiento de la posición contractual del vendedor, favoreciendo incluso el debate todavía pendiente respecto del completo sistema de garantías reales. Esta decisión explica una serie de opciones metodológicas previas, como la elección de la reserva simple como paradigma, la intrascendencia de las teorías elaboradas para explicar apriorísticamente su naturaleza jurídica o la posibilidad de extender su aplicación a otros contratos traslaticios (II). Enseguida se aborda la formación de la antinomia desde las disposiciones del Código Civil que la sostienen y la solución tradicional propuesta por la literatura científica para remediarla (III), para pasar después a la exposición de las bases históricas (IV) y dogmáticas (V) que justifican la procedencia de la reserva de dominio sirviéndose de los mismos textos hoy vigentes, con las consecuencias que ello importa. Para acabar, se ofrece un cuerpo de conclusiones con algunas sugerencias de política legislativa (VI).

## II. LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL PROBLEMA

Una de las funciones que cumple la doctrina científica es formular teorías que sirvan como modelos de solución de casos difíciles a partir del material que proporciona el Derecho positivo<sup>1</sup>. En la reserva de dominio, el problema proviene de la supuesta antinomia que existe entre los artículos 680 II y 1874 CC, el que debe ser resuelto utilizando el instrumental teórico que proporciona la dogmática civil. Este esfuerzo exige, ante todo, delimitar conceptualmente los contornos del problema o, mejor todavía, excluir determinadas materias que, pese a su conexión, son secundarias para resolver la cuestión que se aborda. De ahí que, en razón de la imposibilidad de abordar todas las cuestiones relacionadas con la reserva de dominio, su tratamiento quede circunscrito por ahora a aquéllas que guardan mayor correspondencia con el objetivo prospectivo asignado a este trabajo. Los límites fijados para acotar el problema son cinco: la modalidad de reserva de dominio que se utiliza como parámetro de referencia (1); la relativa independencia constructiva que ella presenta respecto de las garantías reales (2); la irrelevancia de las teorías elaboradas para explicar apriorísticamente su naturaleza jurídica (3); el ámbito dogmático elegido para desarrollar la línea argumental que aquí se sugiere (4); y la extensión de la cláusula a otros contratos traslaticios (5).

### 1. LA RESERVA SIMPLE COMO PARADIGMA

La primera exclusión por la que se ha optado atañe a la modalidad de reserva de dominio elegida como punto de referencia. La doctrina comparada suele distinguir entre reserva simple, prolongada y ampliada. La primera y de más común ocurrencia es aquella por la cual el vendedor conserva la propiedad de la cosa vendida hasta que se hayan efectuado todos los pagos pactados en el contrato, pese a que ella ha pasado previamente a poder del comprador<sup>2</sup>. Esta modalidad presenta el inconveniente de que no siempre responde a las exigencias de la economía actual, ni a las necesidades

<sup>1</sup> VERGARA BLANCO, A. «Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los “núcleos dogmáticos”», *Revista Chilena de Derecho* 41/3 (2014), pp. 964 y 966.

<sup>2</sup> La cláusula de reserva de dominio se mienta también con el nombre de un célebre caso resuelto en el Reino Unido (*Aluminium Industrie Vaassen BV v Romalpa Aluminium Ltd* [1976] 1 WLR 676). El asunto consistía en determinar si los acreedores en cuyo beneficio cedía la reserva tenían prioridad para ser pagados por sobre otros cuando ya se había iniciado un procedimiento concursal.

de seguridad patrimonial impuestas por el tráfico, pues solamente permite garantizar el crédito que el vendedor a plazos o el financista tienen respecto del comprador o prestatario por el importe del precio pendiente de pago o por la cuantía del préstamo no restituído<sup>3</sup>. Las otras dos modalidades, por su parte, especialmente la prolongada, han tenido un gran desarrollo en Derecho alemán por impulso de la práctica bancaria, y son las que deparan mayores problemas a los operadores jurídicos<sup>4</sup>. De ellas trata también la reforma francesa del Derecho de garantías efectuada en 2006 (artículos 2369, 2370 y 2372 del *Code Civil*)<sup>5</sup>, y su aplicación ha sido discutida en otros ordenamientos en ausencia de texto legal<sup>6</sup>.

La reserva prolongada (*verlängerter Eigentumsvorbehalt*) existe cuando el acreedor asegurado adquiere valores patrimoniales futuros que pasan a ocupar el lugar de la garantía original, y que, a falta de pacto, corresponderían al deudor. Ella presenta dos modalidades: la cesión anticipada y la cláusula de aceleración. En la primera, el comprador está autorizado para revender el bien en el marco de una ordenada gestión empresarial, de manera que cede desde ese momento, y por el montante del valor del bien sometido a reserva, todos los créditos que surjan a su favor como consecuencia de esa reventa, sea contra el nuevo adquirente, sea contra terceros. En la segunda, en caso de transformación o elaboración de los bienes sometidos a reserva, incluso realizada con otros bienes no pertenecientes al acreedor, éste adquiere en copropiedad el nuevo bien en proporción a su valor respecto del que tenía la cosa al tiempo de la especificación. La reserva ampliada (*erweiterter Eigentumsvorbe-*

<sup>3</sup> MARÍN LÓPEZ, M., «Constitución y objeto de la reserva de dominio sobre bienes muebles», en CARRASCO, A./CORDERO, E./MARÍN, M., *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2.ª ed., 2008, II, p. 421.

<sup>4</sup> Véase, entre otros, LEIBLE, S., «La reserva de dominio en el Derecho alemán», *RDP* 83 (1999), pp. 259-295; SERICK, R., *Garantías mobiliarias en Derecho alemán*, trad. de Ángel Carrasco Perera, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 39-47 y 61-73; VELASCO FABRA, G., «La reserva de dominio simple en Alemania», *Revista Chilena de Derecho Privado* 7 (2006), pp. 117-136; WESTERMANN H./WESTERMANN, H. P./GURSKY, K./EICKMANN, D., *Derechos reales*, trad. de José María Miquel, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2008, I, § 39, pp. 525-537.

<sup>5</sup> La bibliografía sobre esta reforma es hoy inabarcable. Véase, con mirada comparatista y referencia a la reserva de dominio, ARANA DE LA FUENTE, I., «La reforma francesa de las garantías mobiliarias», *Indret*, 2/2012, pp. 35-38; CAPRILE BIERMANN, B., «La reforma al Derecho de las cauciones en Francia: perspectivas para un devenir en Chile», en GUZMÁN BRITO, A. (ed.), *Estudios de Derecho civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008, pp. 552-554; CORES, C., «La reforma francesa del Derecho de las garantías mobiliarias: una perspectiva latinoamericana», *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* 2 (2007), pp. 103-104; NÚÑEZ IGLESIAS, Á., «La reforma del Derecho de garantías en Francia», en GÓMEZ GÁLLIGO, F. (coord.), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, II, p. 1282; RÍOS LABBÉ, S., «La reforma del Derecho de garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto», *Revista Chilena de Derecho Privado* 7 (2006), pp. 101-102.

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, MARÍN LÓPEZ, «Constitución y objeto...», cit., pp. 421-423.

*halt*) se caracteriza, en cambio, por la permanencia del bien reservado como garantía de un crédito distinto del que originalmente aseguraba, incluidos los créditos futuros que nazcan de contratos celebrados en un momento posterior. De ahí que se la denomine también reserva de dominio por cuenta corriente.

La razón de esta primera exclusión es que el Código Civil chileno construye el supuesto de hecho de los artículos 680 II y 1874 sobre la base de la reserva de dominio simple, por lo que a ella hay que ceñirse para determinar las condiciones de su procedencia y, si cabe, las consecuencias que derivan de su eficacia.

## 2. LA RESERVA DE DOMINIO Y SU RELACIÓN CON LAS GARANTÍAS REALES

La segunda acotación está relacionada con el ámbito de las garantías reales, puesto que la figura requiere ser estudiada con cierta independencia constructiva respecto de ellas, aunque sin eliminar completamente la conexión funcional que existe entre ambas<sup>7</sup>. Ciertamente es que la reserva de dominio cumple también una función de aseguramiento (en el sentido del artículo 46 CC), pero ésta va más allá de la que es propia de las garantías reales tradicionalmente utilizadas, cuyo objetivo es la realización del valor de la cosa afecta al cumplimiento de una obligación (artículos 2397 y 2424 CC y 29 LPSD), porque además protege al vendedor (acreedor) frente a ejecuciones singulares y universales que incidan sobre el bien vendido. Ahí reside su mayor utilidad<sup>8</sup>. Su finalidad es, entonces, más amplia que aquella que desempeñan la prenda sin

---

<sup>7</sup> La garantía consiste aquí en una obligación condicional que tiene por contenido fundamental el asegurar la verdad de una situación presente o la realización de un evento futuro. Este concepto es similar al propuesto por TAPIA RODRÍGUEZ, M., «Noción de garantía», en TAPIA RODRÍGUEZ, M. *et alii* (dirs.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al Profesor Manuel Somarriva Undurraga*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, I, p. 28.

<sup>8</sup> Desde el Código de Comercio y hasta la Ley 18.175 sobre quiebras (después incluida parcialmente como el nuevo libro IV de dicho código, que había sido derogado en 1929 por la Ley 4558), los acreedores preferentes (privilegiados, hipotecarios, prendarios y titulares de un derecho de retención) no eran parte de un convenio a menos que renunciasen total o parcialmente a la preferencia de su crédito, y sólo concurrían al procedimiento de quiebra en condiciones especiales. La LRLAEP permite que estos acreedores participen de un acuerdo de reorganización, sea que éste se separe por categorías o no, sin perder sus preferencias (artículo 61), a la vez que prevé unos efectos especiales para las obligaciones garantizadas del deudor, con distinción de si los bienes son o no esenciales para el giro de la empresa deudora y, de no ser esenciales, si los bienes son de propiedad del deudor o de un tercero (artículos 94 y 95). El acuerdo, debidamente aprobado, obliga al deudor y a todos los acreedores, hayan o no concurrido a la junta que lo acordó (artículo 91). En materia de liquidación no hay mayores innovaciones con la disciplina anterior (artículos 135, 218, 219, 242 y 243), salvo la introducción de un procedimiento administrativo de renegociación para la persona deudora (artículos 260 y siguientes).

desplazamiento y la hipoteca, y no puede ser reconducida a ellas, ni menos formularse como un derecho real a favor del vendedor, dado que el reforzamiento de su posición crediticia no proviene de la constitución de una nueva titularidad, sino de la facultad de disposición que (con ciertas limitaciones) conserva sobre el bien vendido mientras no se pague en su integridad el precio convenido<sup>9</sup>. Hay, sí, un desmembramiento de las facultades que comprende el dominio (artículo 582 CC), pero sin que la atribución de ellas en sujetos diferenciados comporte la constitución de un derecho real distinto que condicione de una manera particular la convergencia de titularidades sobre la cosa vendida y reservada<sup>10</sup>. La consecuencia que se sigue de esta ordenación de titularidades sobre una misma cosa (aquella dominical que sigue conservando el vendedor y aquella personal que incumbe al comprador) es que el vendedor actúa su derecho mediante la recuperación de la misma cosa vendida, y no a través de la realización del valor de cambio que representa el bien pignorado o hipotecado.

Desde un punto de vista económico, la peculiar configuración de la reserva de dominio entraña varias ventajas en comparación con las garantías reales típicas<sup>11</sup>. Por una parte, es una garantía eficiente debido a la libertad, simplicidad y bajo coste que comporta su constitución; por otra, el carácter de exclusividad (y ya no sólo de mera preferencia) que proviene de la titularidad dominical que

---

<sup>9</sup> De ahí que el DCFR disponga que a la reserva de dominio no se le aplican las reglas específicas de los derechos de garantía (*security rights*) tratados en el título IX, especialmente aquellas referidas a la creación y ejecución de tales derechos. Con todo, ella otorga una garantía real a favor del dueño (vendedor, arrendador o proveedor) o de quien está autorizado para tal efecto (artículo IX-1:103).

<sup>10</sup> La cuestión tiene como límite la discusión en torno a la tipicidad de los derechos reales. Véase, como esfuerzo de ruptura dentro del Derecho chileno, BARCIA LEHMANN, R., «La influencia del *Code Civil* y del Derecho alemán en el sistema patrimonial chileno: sistema de derechos reales y personales», en VARAS BRAUN, J. A./TURNER SAELZER, S., *Estudios de Derecho civil*, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 71-103; «Algunos aspectos de la comunicabilidad entre los derechos reales y personales y la teoría de la tipicidad causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos (primera parte)», en GUZMÁN BRITO, A. (ed.), *Estudios de Derecho civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008, pp. 216-236; «Algunos aspectos de la comunicabilidad entre los derechos reales y personales y la teoría de la tipicidad causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos (segunda parte)», en PIZARRO WILSON, C. (ed.), *Estudios de Derecho civil IV*, Santiago, LegalPublishing, 2009, pp. 263-278; «Algunos aspectos de la comunicabilidad entre los derechos reales y personales y la teoría de la tipicidad causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos (tercera parte)», en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.), *Estudios de Derecho civil V*, Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 2010, pp. 147-164; «La teoría causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos o ¿cómo es posible crear derechos atípicos en el Derecho chileno?», en DARCIA LEHMANN, R., (ed.), *Fundamento de derechos reales en el Derecho chileno*, Santiago, ThomsonReuters, 2013, pp. 149-197.

<sup>11</sup> DUPICHOT, P., «La eficiencia económica del Derecho de garantías reales», en PIZARRO WILSON, C. (ed.), *Derecho y economía*, trad. de Sara Moreno Fernández, Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2012, pp. 129-130.

confiere tranquiliza al acreedor y lo pone a salvo de la concurrencia de otros acreedores, de suerte que poco le importa que sea un mecanismo indudablemente regresivo en su caracterización técnica. Cabe recordar que la construcción histórica de las garantías reales presenta dos tendencias principales estrechamente relacionadas entre sí, como son (i) la paulatina propensión a evitar el desplazamiento de la tenencia del bien gravado y (ii) la consiguiente afectación nominal de éste a favor del acreedor. La reserva de dominio deja a salvo la primera, pero contradice la segunda por su retroceso hacia una propiedad en función de garantía (como ocurre también con la *fiducia cum creditore*) que le permite cumplir su finalidad típica<sup>12</sup>. En este sentido, conviene recordar que su fortaleza reside precisamente en ese carácter exclusivo y excluyente, que es directamente buscado por el vendedor como forma de resguardo patrimonial. Éste, al retener para sí la propiedad de la cosa vendida, asegura que ella permanecerá inmune respecto de procedimientos ejecutivos o concursales, dado que puede repeler cualquier apremio patrimonial mediante una tercería de dominio (artículo 518 CPC) o el ejercicio del derecho de separación concursal (artículos 2466 CC y 150 y 152 LRLAEP)<sup>13</sup>. Algo similar ocurre con la separación de la masa concursal del bien fiduciario por parte del fiduciante<sup>14</sup>.

La reserva de dominio comporta así una garantía reforzada, que no confiere un derecho de realización en valor sino que fortalece la posición contractual del vendedor mediante la facultad de disposición que permanece en su órbita patrimonial y permite la ulterior recuperación de la cosa. Sin embargo, esta conceptualización no excluye que la disciplina de las garantías reales tenga incidencia a la hora de hacer operativo su concreto contenido<sup>15</sup>. Aunque se volverá

<sup>12</sup> La *fiducia cum creditore* se emplea con el propósito de garantizar la deuda que el fiduciante (deudor) está obligado a pagar al fiduciario (acreedor). Merced a un negocio fiduciario, este último recibe una cosa del primero en propiedad y puede retenerla hasta que se haya extinguido íntegramente la obligación asegurada, con cargo a restituirla cuando esa extinción se produce. De esto se sigue que la transferencia de propiedad se hace en función de garantía, y que el derecho que tiene el fiduciante para recuperar la cosa es de carácter personal y no real en virtud del doble efecto del acto (real respecto de la transferencia inicial y obligacional en lo que atañe al uso de las facultades que le confiere su titularidad y la posterior obligación de retransmisión de la cosa), siendo condición para el ejercicio de este derecho el haber pagado la cantidad adeudada y los gastos correspondientes. Otra modalidad de transmisión fiduciaria es la *fiducia cum amico*. Ella comporta un negocio de confianza basado en razones de favor o complacencia, donde el interés del fiduciante o de un tercero justifican la transferencia que se hace al fiduciario (por ejemplo, la transmisión hecha para que éste venda la cosa o para que cobre por el fiduciante un crédito, evitando así el otorgamiento de un mandato).

<sup>13</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.<sup>a</sup>, «La reserva de dominio», en BOSCH CAPDEVEILLA, E. (dir.), *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Barcelona, Bosch, 2012, pp. 139-140.

<sup>14</sup> Así al menos en el § 47 de la *Insolvenzordnung* alemana.

<sup>15</sup> Lo que lleva a preguntarse por la necesidad de reconstruir un Derecho común para las garantías reales. Véase, por ejemplo, BUSTOS PUECHE, J. E., «Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», *ADC* 43/2

sobre el punto, esa conexión se hace evidente en el artículo 1874 CC, que condiciona la reacción del vendedor favorecido por una reserva de dominio ante el incumplimiento del comprador, impidiendo que pueda recuperar por propia autoridad la cosa vendida<sup>16</sup>.

Esta independencia constructiva lleva a distinguir asimismo la reserva de dominio de otras figuras similares, especialmente de la transferencia fiduciaria de la propiedad en función de garantía operada a través de una compraventa con pacto de retroventa (artículo 1881 CC)<sup>17</sup>. Tal conexión muestra su evidencia cuando el DL 776/1925, sobre realización de la prenda, hace aplicables sus normas a «*toda clase de garantías sobre bienes muebles que se entreguen a un acreedor, sea bajo la forma de una venta condicional, de un pacto de retroventa o de otra manera*» (artículo 1.º II), de forma similar a la asimilación que efectúa el DCFR (artículo IX-1:102)<sup>18</sup>. El supuesto de hecho de esta norma es, por tanto, que exista una cosa mueble que se entregue a un acreedor, sin importar el título por el que tal se haga, siempre que exista detrás una función de garantía (artículo 46 CC). La situación es distinta en la reserva de dominio, porque la cosa se entrega al deudor, mientras que el acreedor permanece como dueño mientras no se haya pagado el saldo pendiente, operando esa titularidad como garantía.

### 3. LAS DISTINTAS TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESERVA DE DOMINIO Y SU IRRELEVANCIA APRIORÍSTICA

La tercera exclusión viene referida a la naturaleza jurídica de la reserva de dominio, sobre la que mucho ha discutido la doctrina comparada<sup>19</sup>. Las teorías ofrecidas al respecto son múltiples y conci-

(1990), pp. 539-572, y GOUT, O., «Quel Droit commun pour les sûretés réelles?», *RTDciv* 2/2013, pp. 255-274.

<sup>16</sup> Véase *infra*, V, 2, (b).

<sup>17</sup> Véase PEÑAILILLO ARÉVALO, D., «La confianza en el Derecho privado. La fiducia en el Derecho chileno», *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 227-228 (2010), pp. 7-59 y, especialmente, WEGMANN STOCKEBRAND, A., *El pacto de retroventa como negocio jurídico indirecto: un estudio de su aplicabilidad como fiducia cum creditore*, tesis de grado, Santiago, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006.

<sup>18</sup> Entre las cuestiones que se han suscitado en torno a este decreto ley está la de su inconstitucionalidad. Véase CONCHA GUTIÉRREZ, C., «Garantía constitucional del debido proceso: derogación del DL 776 de 1925 sobre realización de la prenda. Apuntes para una actuación judicial», *Revista Chilena de Derecho* 13/1 (1986), pp. 39-50.

<sup>19</sup> Casi todos los estudios dedicados a la reserva de dominio comienzan por desenrañar su naturaleza jurídica. Véase, como referencia, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J., *La reserva de dominio o la acción publiciana*, Barcelona, J. M.ª Bosch, 2001, pp. 43-72; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 53-65; MARÍN LÓPEZ, «Constitución y objeto...», cit., pp. 413-419; MONTÁSANCHEZ RAMOS, M., *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Madrid, Cole-

ben este pacto como una condición, sea (i) resolutoria o (ii) suspensiva, (iii) un derecho real de garantía, (iv) un derecho de expectativa, (v) un término, (vi) una vía para reclamar la resolución por incumplimiento, (vii) una forma de adquisición progresiva de la propiedad, o (viii) una específica hipótesis de venta obligatoria. Pese a esta proliferación de explicaciones, las tres primeras son las que han gozado de mayor aceptación, y no necesariamente se excluyen entre sí, como lo demuestra la experiencia extranjera.

Para abordar la cuestión, empero, conviene prescindir de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio como una cuestión previa a dilucidar y, en su lugar, atender más bien a la resolución de cada conflicto concreto, con referencia a los particulares intereses en juego<sup>20</sup>. En otras palabras, la premisa metodológica es que la teorización debe partir del problema que se desea solucionar, pues toda interpretación no es más que un ejercicio de visualizar anticipadamente la aplicación de una norma. Esto supone asumir que, cuando las partes acuerdan subordinar la transferencia de propiedad sobre la cosa vendida al pago íntegro del precio, se está en realidad ante un hecho, y no ante una construcción teórica relativa al encuadre de la figura o de sus efectos. Es ese hecho en cuanto enunciado recogido en los artículos 680 II y 1874 CC el que debe mover al operador jurídico, para abordarlo con el instrumental técnico que le es propio. Al acometer esa tarea habrá de efectuar una valoración del pacto para resolver el problema de su admisibilidad en un determinado ordenamiento (en este caso, el chileno), tras lo cual fijará sus requisitos y consecuencias de acuerdo con la disciplina que le sea aplicable. La labor consistirá, entonces, en interpretar y aplicar las normas atinentes, que aparentemente se presentan como antinómicas, para extraer de ellas una solución que dirima una cuestión propia del tráfico económico.

Interesa, en suma, primeramente el hecho en cuanto acontecimiento: la reserva de dominio comparece como una forma de garantía en las ventas a plazo que confiere al vendedor determinadas seguridades no presentes en otras formas reconocidas. Desde este fenómeno de la vida social corresponde que el jurista ascienda mediante su comprensión y la valoración de su significación jurídica a través de la selección de las normas aplicables. La tesis que aquí se sostiene, según se ha dicho y se espera demostrar, es que los

---

gío de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 127-140; RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 26-40. Véase asimismo el exhaustivo tratamiento de VALENCIA RESTREPO, H., *El pacto de reserva de dominio (pactum reservati dominii) en los Derechos comparado y privado colombiano*, Medellín, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2013.

<sup>20</sup> MIQUEL, «La reserva de dominio», cit., pp. 172 y 175.

artículos 680 II y 1874 CC no son excluyentes sino complementarios, porque cada uno atañe a una faceta o aspecto de la reserva de dominio entendida como hecho que entraña determinadas consecuencias jurídicas.

#### 4. EL CONCRETO ÁMBITO DOGMÁTICO ELEGIDO

La cuarta exclusión atañe al ámbito dogmático dentro del que se circunscribe este trabajo. Desde el punto de vista positivo, el origen de la reserva de dominio se encuentra en el texto recogido en Inst. Iust. 2, 1, 141, que condicionaba la adquisición de las cosas vendidas y entregadas al pago del precio al vendedor (a menos que éste hubiese recibido una satisfacción equivalente al pago o concedido crédito al comprador), cuya vigencia se prolongó hasta la promulgación de los códigos civiles de los siglos XIX y XX e inspiró incluso la disciplina que en ellos se dio a la transferencia de propiedad con ocasión del contrato de compraventa<sup>21</sup>. Por entonces los tipos de garantías mobiliarias existentes suponían un desplazamiento de la tenencia de la cosa hacia el acreedor, situación que resultaba ajena e incómoda a una sociedad que avanzaba en su proceso de industrialización<sup>22</sup>. Poco tiempo bastó para que el tráfico comenzase a mostrar una renuncia de la obligatoriedad de los tipos legales e introdujese de nuevo la propiedad como garantía<sup>23</sup>. Después la figura adquirió estructuras más complejas, coherentes con la sofisticación del tráfico económico, y se popularizó como garantía en las ventas a plazo<sup>24</sup>.

Sin embargo, aquí se ha preferido prescindir del estadio diacrónico y comparado de la figura para circunscribir su estudio exclusivamente al Derecho chileno, porque es en éste donde la controversia surgida de la coordinación de los artículos 680 II y 1874 CC ha impedido que aquélla se convierta en una garantía eficaz, con la consiguiente reducción de posibilidades de aseguramiento de su crédito para el vendedor<sup>25</sup>. Para lo que ahora

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, PLANIOL, M., *Traité élémentaire de Droit civil*, París, LGDJ, 7.ª ed., 1917, II, núm. 2607, pp. 796-797.

<sup>22</sup> Lo que explica también el nacimiento y desarrollo de la prenda sin desplazamiento. Véase GUZMÁN BRITO, A., *Tratado de la prenda sin desplazamiento según el Derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 51-56.

<sup>23</sup> HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, trad. de Gonzalo Hernández, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 122-123.

<sup>24</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La reserva de dominio...*, cit., p. 15.

<sup>25</sup> En otros ordenamientos, la cuestión viene resulta expresamente por una norma que admite la procedencia de la reserva de dominio, sin las dificultades hermenéuticas propias del Derecho chileno. Es el caso, por ejemplo, de Alemania (§ 449 BGB), Bélgica (artículo 101 de la *Loi sur les faillites*), Suiza (artículos 715 y 716 ZGB y 103 de la *Bun-*

interesa, basta retener que la regla según la cual el pago del precio es necesario para transferir la propiedad en virtud de una compraventa, ni es una regla inventada por el pacto de reserva de dominio, ni supone una desviación de los principios tradicionales del Derecho civil continental en materia de transferencia de propiedad, sino más bien al contrario demuestra su arraigo y confirmación<sup>26</sup>. Que durante el proceso de elaboración del Código Civil chileno se haya optado por la solución opuesta, separando la suerte del contrato y la eficacia de la transferencia de la propiedad sobre la cosa vendida, es indicio de que tal regla comportaba una novedad y que su establecimiento provocó problemas sistemáticos que todavía perduran. La historia comparece, entonces, como un elemento añadido en la elaboración de la solución propuesta para demostrar el sentido de los artículos 680 II y 1874 CC.

## 5. LA EXTENSIÓN DE LA RESERVA DE DOMINIO A OTROS CONTRATOS TRASLATIVOS

En principio, la reserva de dominio tiene cabida en cualquier contrato que implique la entrega de una cosa con función traslativa, sin importar si la contraprestación ha sido aplazada en cuotas o se pagará de contado después de la entrega<sup>27</sup>. Sin embargo, ya ha quedado dicho que este trabajo se circunscribe al concreto problema hermenéutico que presentan los artículos 680 II y 1874 CC, donde la reserva de dominio se refiere de manera exclusiva a la compraventa porque sólo en ella existe precio, vendedor, comprador y cosa vendida. De ahí que las explicaciones siguientes traten de dicho pacto en ese particular contrato, sin preocuparse por su extensión a otros títulos traslativos de dominio.

---

*desgesetz über das Internationale Privatrecht*), Francia (artículos 2367-2372 del *Code Civil*), Italia (artículos 1523-1526 del *Codice Civile*), Portugal (artículo 409 del *Código Civil Português*), los Países Bajos (artículo 3:92 NBW), el Reino Unido (§ 19 de la *Sales Goods Act*) o los Estados Unidos de América (§ 9 del *Uniform Commercial Code*). También existe reconocimiento de la reserva dominio en Derecho español, tanto en la legislación estatal [artículos 4.2.a), 7.10, 15.1, 15.3 y 16.3 LVPBM; 250.1.11.º LEC; 17.2 LOCM; 90.1.4.º y 201 LC; y 10 LOMC] como foral (leyes 483-485 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra), y en los textos de armonización del derecho europeo (artículos 7 del Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia; 21 de la Directiva 2001/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa al saneamiento y liquidación de las compañías de seguros; 9 de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; y IX-1:103 DCFR).

<sup>26</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, «La reserva de dominio», cit., p. 148.

<sup>27</sup> Véase, por todos, CABRILLAC, M. *et alii*, *Droit des sûretés*, París, Litec, 8.ª ed., 2007, núm. 813, p. 562.

### III. LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA Y SU SOLUCIÓN TRADICIONAL

Al tratar de las obligaciones del comprador, el artículo 1874 CC señala:

La cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo precedente; y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa o los derechos que hubiere constituido sobre ella en el tiempo intermedio.

De este texto se desprende que la reserva de dominio no tiene más efecto que abocar a la opción conferida por el artículo 1873 CC, que permite a su vez, a elección del vendedor, el ejercicio de la pretensión de cumplimiento para exigir el pago del precio o la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Tal efecto no difiere de la regla general prevista ante el incumplimiento de un contrato bilateral (artículo 1489 CC), pero sí pareciera contradecir aquella del artículo 680 II CC, que reconoce valor al pacto de reserva de dominio bajo el siguiente tenor:

Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición.

Una lectura preliminar de estas normas sugiere la existencia de una antinomia real o concurrencia excluyente, vale decir, una y otra son aplicables a las mismas circunstancias fácticas (la reserva de dominio en la compraventa), pero sus consecuencias jurídicas son diferentes e incompatibles entre sí (permitida en un caso e ineficaz en otro). La doctrina mayoritaria así lo constata y concluye que dicha antinomia se resuelve a través de las reglas hermenéuticas establecidas en el propio Código Civil, principalmente el recurso a la historia fidedigna de su establecimiento (artículo 19 II CC) y el principio de especialidad (artículo 13 CC)<sup>28</sup>. A partir de estos expe-

<sup>28</sup> Véase, entre otros, ACUÑA FERNÁNDEZ, C., *Estudio de los bienes y los derechos reales*, Santiago, Metropolitana, 2000, p. 144; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la compraventa y de la promesa de venta*, Santiago, Imprenta Barcelona, 1917, II, núm. 1698, pp. 637-646; BARROS ERRÁZURIZ, A., *Curso de Derecho civil*, III, Santiago, Nascimento, 4.<sup>a</sup> ed., 1932, núm. 113, pp. 159-160; CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, VII, Santiago, Cervantes, 1932, núm. 725, pp. 271-275; DÍAZ DUARTE, R., *La compraventa en el Código Civil chileno*, Santiago, Ediar-ConoSur, 1988, núm. 280, pp. 204-205; FUEYO LANERI, F., *Derecho civil. Los contratos en particular y las demás fuentes de las obligaciones*, II-1, Santiago, Universo, 1963, núm. 32, pp. 47-49; GAETE ROJAS, S., «La tradición en el Derecho romano y en el Derecho civil chileno»,

dientes se sostiene que la redacción empleada en el artículo 1874 CC resta cualquier valor a la referida cláusula en el contrato de compraventa, puesto que dicha norma se encuentra en una situación de especialidad respecto del artículo 680 II CC, que tiene un carácter general por estar referido a las modalidades a que se puede sujetar la tradición. Esta solución se considera adecuada incluso sin admitir esta primacía, porque la aceptación de la reserva de dominio presenta dificultades relacionadas con la incertidumbre del tráfico y la protección del vendedor<sup>29</sup>. Por ejemplo, su utilización como pacto frecuente en las ventas a plazo generaría una confusión de propietarios, especialmente respecto de terceros; por añadidura, el vendedor podría gravar la cosa con derechos reales dado que sigue siendo su dueño, los que afectarían al comprador aun después de pagar el precio. Esta incompatibilidad de coordinación ha sido utilizada, en fin, para demostrar que el comprador puede pagar el precio con posterioridad al ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1873 CC, con los solos límites procesales del artículo 310 CPC<sup>30</sup>. La razón es que, si el derecho del vendedor a la demanda alternativa nace después del incumplimiento del comprador, y si a éste se le otorga la facultad de pagar el precio, es para que pueda hacerlo antes de la sentencia de término. El artículo 1874 CC carecería de objeto si el comprador no pudiese pagar antes de que se declare resuelto el contrato. Además, por originar la demanda de resolución un juicio declarativo de lato conocimiento, no resulta lógico suponer que el comprador queda en peor condi-

---

*Revista Chilena de Derecho* 19/1 (1992), pp. 79-80; LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Los contratos. Parte general*, Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 5.ª ed., 2010, núm. 5, pp. 10-11, nota 21; MEZA BARROS, R., *De las fuentes de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 8.ª ed., 2002, II, núm. 231, pp. 155-156; PESCIO VARGAS, V., *Los modos de adquirir el dominio*, Valparaíso, EDEVAL, 1984, pp. 116-117; ROZAS VIAL, F., *Los bienes*, Santiago, LexisNexis, 3.ª ed., 2006, núm. 192, pp. 177-178; RUZ LÁRTIGA, G., *Explicaciones de Derecho civil*, III, Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 2011, pp. 256-260; SCHMIDT HOTT, C., *Teoría general de los derechos reales. Comentarios*, Santiago, Puntotex/ThomsonReuters, 2010, pp. 55; TOPASIO FERRETI, A., *La tradición. Su función de pago en el Código Civil*, Valparaíso, EDEVAL, 2007, pp. 101-102; VIAL DEL RÍO, V., *La tradición y la prescripción como modos de adquirir el dominio en el Código Civil chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2.ª ed., 2003, pp. 71-74; VODANOVIC HAKLICKA, A., *Tratado de los derechos reales*, Bogotá, Editorial Jurídica de Chile/Temis, 6.ª ed., 2001, I, núm. 355, pp. 211-212.

<sup>29</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, D., *Los bienes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, núm. 113, p. 230.

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la compra-venta...*, cit., II, núm. 1676, pp. 562-563; CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, X, Santiago, Nascimento, 1936, núm. 162 (p. 179) y 166 (p. 187), y «Ligeras observaciones sobre la condición resolutoria y el pacto comisorio (notas para alegar)», *RDJ VIII* (1911), p. 188; VERA, R., *Código Civil de la República de Chile concordado i explicado*, VI, Santiago, Imprenta de la Gaceta, 1897, p. 78. También alguna antigua jurisprudencia: *SSCA Valparaíso* 5 de mayo de 1899 [*GT* 1899, I, núm. 651, pp. 557-559 (cons. 5.º y 6.º, p. 558)] y *Santiago* 2 de septiembre de 1912 [*GT* 1912, II, núm. 817, pp. 107-114 (sentencia de primera instancia, cons. 10.º, p. 113) = *RDJ* 11, sec. 2.ª, pp. 1-10 (p. 9)].

ción que el demandado en un juicio ejecutivo, en el cual, no obstante tratarse del cumplimiento de lo juzgado o de hacer efectivas obligaciones acreditadas en un título que trae aparejada ejecución, puede el ejecutado poner término al juicio y rescatar los bienes embargados hasta el momento del remate pagando el capital adeudado, intereses y costas (artículo 490 CPC)<sup>31</sup>.

Esta irrelevancia de la reserva de dominio en el sistema del Código Civil tiene también consecuencias en materia de comercio internacional, y así lo demuestra la única sentencia existente en la materia durante el siglo xx<sup>32</sup>.

En un juicio ejecutivo de cobro de pensiones, la Caja de previsión de empleados particulares demandó a la Sociedad de transporte aéreo ACA Ltda. y embargó el avión cuadrimotor Douglas DC-4 que figuraba inscrito a su nombre en el Registro Nacional de Matrícula a cargo de la Dirección Aeronáutica de Chile. Hecha la traba, comparecieron dos hermanos que interpusieron una tercería de dominio respecto de la aeronave embargada. Su argumento era que en el contrato de compraventa celebrado por ellos con la sociedad ejecutada se había estipulado que el dominio de aquella no sería traspasado al entregarla, sino que permanecería en poder de los vendedores hasta que se hubiesen efectuado todos los pagos y cumplido todas las condiciones. Se trataba, pues, de un contrato condicional inscrito y regido por el Convenio de Ginebra sobre reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves (1948), que fue ratificado por Chile el 4 de septiembre de 1951 y promulgado mediante el DS 289, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 13 de junio de 1961<sup>33</sup>. El tribunal de primera instancia acogió la tercería y declaró que el bien no pertenecía a la empresa demandada, dado que el contrato se había otorgado en el estado de Nueva York y quedado sujeto a sus leyes. Apelada la sentencia, la Corte del Trabajo invirtió el criterio y resolvió que la aeronave sí había sido transferida a la sociedad ejecutada mediante la inscripción en el Registro de Matrícula. La razón de esta decisión estri-

---

<sup>31</sup> Véase la refutación de este argumento en ALCALDE SILVA, J., «Algunas consideraciones sobre los presupuestos de la resolución contractual», en VV. AA., *Estudios en homenaje al Profesor Lorenzo de la Maza Rivadeneria*, Santiago, Universidad Gabriela Mistral, 2013, pp. 304-348.

<sup>32</sup> SCT Santiago 29 de marzo de 1962 (*RDJ* 59, sec. 1.ª, pp. 261-268).

<sup>33</sup> A través de este Convenio, los Estados se comprometen a reconocer una serie de titularidades en relación con aeronaves, entre ellas la hipoteca *mortgage* y derechos similares creados convencionalmente en garantía del pago de una deuda, con tal de que el derecho (i) se haya constituido conforme a la ley del Estado contratante en el cual la aeronave estuviese matriculada al tiempo de su constitución, y que (ii) esté debidamente inscrito en el registro público del Estado contratante en el cual se haya matriculada la nave [artículo 1.º, núm. 1, c)]. Las demás normas atañen a las inscripciones, el registro, las preferencias reconocidas a ciertos créditos, el procedimiento de ejecución sobre una aeronave y la extensión que debe darse a las disposiciones del propio convenio.

baba en que el contrato se debía ajustar al Derecho chileno, pues producía efectos que se habían de cumplir en el país (artículo 16 III CC). En consecuencia, si la aeronave materia de la tercería se encontraba inscrita a nombre del ejecutado y tal inscripción se hallaba vigente al tiempo del embargo, resultaba evidente que su propiedad era del ejecutado y no de los terceristas (los vendedores condicionales), dado que los artículos 6.º, 7.º y 10 DFL 221/1931 conferían eficacia traslativa a la inscripción. En la actualidad, esta situación se habría fallado sin duda a favor de los terceristas, pues el Código Aeronáutico permite la inmatriculación en Chile de «*las aeronaves extranjeras que hayan sido entregadas en virtud de un contrato en que el propietario se reserva el dominio hasta el cumplimiento de una condición o hasta el pago total del precio*» (artículo 39)<sup>34</sup>. En su día, empero, la Corte Suprema desechó el recurso de queja interpuesto por los terceristas, confirmando así el criterio de la Corte del Trabajo.

Algo distinta es la situación en la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG), que no da una solución sustantiva a este problema. En ella se establece que el vendedor tiene la obligación de transferir la propiedad de las cosas vendidas al comprador (artículo 30), y de hacerlo en el plazo que se haya fijado o en cualquier momento a partir de la fecha de celebración del contrato (artículo 33). Sin embargo, no se regulan «*los efectos que el contrato puede producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas*» [artículo 4 b)], que se rigen por el Derecho interno que resulte aplicable según las normas sobre conflicto de leyes (artículo 16 CC). La razón de esta exclusión estriba en que esta materia fue considerada un asunto de interés nacional, respecto del cual no era posible, ni quizá conveniente,

---

<sup>34</sup> El artículo 39 del Código Aeronáutico tiene su origen en el artículo 15 DL 1286/1975, que fijaba normas sobre hipoteca y créditos privilegiados sobre aeronaves. Dicha norma permitía inscribir en el Registro Nacional de Matrícula de Aeronaves las aeronaves extranjeras adquiridas en virtud de un contrato en el cual el vendedor se hubiese reservado el dominio hasta el pago del precio o al cumplimiento de una condición. La única exigencia era que el comprador reuniese los requisitos para ser dueño de aeronaves chilenas (materia de la cual trataba el artículo 7.º DFL 221/1931 y de la que hoy se ocupa el artículo 38 del Código Aeronáutico). El mentado artículo 15 agregaba una regla para aclarar el concurso de garantías: mientras estuviese pendiente el pago del precio o el cumplimiento de la condición, la aeronave reservada no podía hipotecarse sino a favor del vendedor. Cabe entender que esta prohibición regía tanto para el comprador como para el vendedor: sólo el primero podía hipotecar (no así el segundo), y siempre que lo hiciese a favor del segundo, para no perjudicar la garantía que le confería la propiedad reservada. El actual artículo 39 del Código Aeronáutico reformula la regla recién referida y la subordina no al hecho del pago o el cumplimiento de la condición, sino a la inscripción del documento que lo acredite: en tanto esto no ocurra no se puede transferir la aeronave ni constituir hipoteca sobre ella, sin la autorización del propietario.

establecer reglas uniformes<sup>35</sup>. La CISG no contiene, pues, ninguna norma que restrinja que la transferencia de propiedad de las mercaderías se produzca en un momento posterior al perfeccionamiento del contrato (artículo 23), que puede ser aquel en que el precio ha sido pagado en su totalidad, si así procede según el Derecho interno (artículo 680 II CC)<sup>36</sup>. De hecho, se permite expresamente que el vendedor convierta el pago en una condición para la entrega de las mercaderías o de los documentos relacionados con ellas (artículo 58 I CISG).

Con todo, y pese a la mayoritaria opinión común antes referida, un análisis más detenido del sentido de los artículos 680 II y 1874 CC permite comprobar que no existe entre ellos contradicción y, por consiguiente, la reserva de dominio puede servir como una garantía eficaz a disposición del vendedor<sup>37</sup>. La demostración de este aserto exige referir la historia legislativa de ambas normas y revisar el criterio tradicionalmente propuesto para resolver la antinomia, con el objeto de situar cada una de ellas en el lugar que le corresponde y dejar establecido que desempeñan una función propia en el sistema del Código Civil que no cabe igualar ni subordinar. Se constata así que el problema no es de concurrencia excluyente (antinomia real) sino de concurrencia acumulativa (antinomia aparente). De ello tratan los párrafos siguientes.

<sup>35</sup> UNCITRAL, «Comentarios del Proyecto de Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, preparados por la Secretaría [Documento A/CONF.97/5]», en *Conferencia de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías. Documentos oficiales*, Nueva York, 1981, p. 18.

<sup>36</sup> ADAME GODDARD, J., «La cláusula de reserva de dominio en la compraventa internacional», *Revista de Derecho Privado de la Universidad Nacional Autónoma de México* 26 (1998), pp. 97-100.

<sup>37</sup> Véase, en este sentido, ALCALDE SILVA, J., «Notas sobre la reserva de dominio», en TURNER SAELZER, S./VARAS BRAUN, J. A. (dirs.), *Estudios de Derecho civil IX*, Santiago, ThomsonReuters, 2013, pp. 259-281; BARCIA LEHMANN, R., *Lecciones de Derecho civil chileno*, IV, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, núm. 26, pp. 113-114; CAPRILE BIERMANN, B., «La reserva de dominio: ¿garantía eficaz en el Derecho chileno?», *Revista Chilena de Derecho* 27/1 (2000), pp. 29-49; DAVIS, A., *La compraventa comercial*, Buenos Aires, Samver, 1969, p. 164; MCKAY ALLIENDE, F., *La reserva de dominio, especialmente en el contrato de compraventa*, memoria de prueba, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1991, pp. 32-39; RÍOS LLANEZA, J., «Validez de la cláusula de transferencia del dominio en virtud del pago del precio», ponencia presentada a las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Austral de Chile, Valdivia, inédita, 2013, 6 pp. Con posterioridad, y gracias a un Fondo interno de ayuda a la Investigación de la Universidad de los Andes obtenido en 1996, el profesor McKay continuó su investigación, sobre todo centrado en el análisis de la literatura que Bello tuvo a la vista al redactar el Código Civil chileno. Fruto de ese trabajo es un manuscrito intitulado *La reserva de dominio. Sobre la propiedad como garantía del vendedor en la compraventa: figura aún vigente en el ordenamiento jurídico civil. Antecedentes, significación y correcta interpretación de los arts. 680 y 1874 del Código Civil chileno*, que permanece inédito (su última versión está datada en 2007), y cuya consulta ha sido posible gracias a la generosidad de su autor.

#### IV. LA HISTORIA LEGISLATIVA DE LOS ARTÍCULOS 680 II Y 1874 CC

Los artículos 680 II y 1874 tuvieron un recorrido dispar durante el proceso de elaboración del Código Civil chileno<sup>38</sup>.

La redacción del artículo 1874 CC se mantuvo desde el Proyecto de 1841-1845 sin sufrir alteraciones sustanciales, salvo la separación entre los efectos generales que entraña la mora del comprador de pagar el precio (artículo 1873 CC) y aquellos especiales referidos a la reserva de dominio (artículo 1874 CC) y el pacto comisorio calificado (artículo 1879 CC) efectuada parcialmente en el Proyecto de 1853 y completamente en el Proyecto Inédito<sup>39</sup>. Fuera de esa alteración sistemática, el contenido de la regla del actual artículo 1874 CC aparece ya formulada en el artículo 48 III del título XXII del Proyecto de 1841-1845, donde se hace remisión a los remedios del artículo 1873 CC («... *no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa...*») y se reconoce la subsistencia de las enajenaciones que hubiese hecho o los derechos que hubiese constituido el comprador una vez pagado el precio:

Proyecto de 1841-1845 (artículo 48 del título XXII) y Proyecto de 1846-1847 (artículo 371)<sup>39bis</sup>

Código Civil

Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar i tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho o para exigir el precio, o para pedir que se resuelva la venta; i el comprador deberá los intereses del precio desde el día de la entrega, si la cosa es fructífera, o desde el día de la demanda del precio, en caso contrario.

[Artículo 1873.] Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios.

<sup>38</sup> Véase una síntesis de dicho proceso en GUZMÁN BRITO, A., «Estudio preliminar sobre el Código Civil de la República de Chile (1855-2005)», en *Código Civil chileno*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2006, pp. 23-63.

<sup>39</sup> En el Primer Proyecto de Código Civil atribuido a Mariano Egaña (1793-1846) existe un esbozo de libro intitulado *De las cosas, y de su dominio, posesión, uso y goce*, probablemente concluido hacia 1843. En él, empero, se aborda únicamente la clasificación de las cosas, el dominio, los bienes nacionales y la ocupación. Ese proyecto tampoco se ocupa de los contratos en particular, sino sólo de la parte general del Derecho de obligaciones. No hay en él, por tanto, ningún indicio sobre la reserva de dominio.

<sup>39bis</sup> BELLO LÓPEZ, A., *Obras completas*, XIII, Caracas, Ediciones del Ministerio de Educación, 1995, p. 672.

Proyecto de 1841-1845 (artículo 48 del título XXII) y Proyecto de 1846-1847 (artículo 371)

Código Civil

Aun cuando se haya estipulado que, si el comprador no paga en el lugar i tiempo debidos, se resuelva la venta *ipso facto*, el vendedor conservará su derecho para la demanda alternativa de que habla el inciso precedente.

[Artículo 1879.] Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva *ipso facto* el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda.

La cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de dicha demanda alternativa; i pagando el comprador el precio, no obstará el valor de las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa, o los derechos que se hubieren constituido sobre ella en el tiempo intermedio.

[Artículo 1874.] La cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo precedente [artículo 1873]; y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa o los derechos que hubiere constituido sobre ella en el tiempo intermedio.

El artículo 680 CC, en tanto, sí sufrió variaciones en los distintos proyectos. Originalmente no existía una norma equivalente entre las reglas relativas a la tradición y su función venía cumplida por un artículo situado en el título dedicado a la compraventa (artículos 22 del Título XXII del Proyecto de 1841-1845 y 344 del Proyecto de 1846-1847). Con el Proyecto de 1853 se produjo una duplicidad entre la tradición y la compraventa, porque se introdujo la norma que hoy se recoge en el artículo 680 CC (artículo 821), pero sin que ello supusiese a su vez la eliminación de aquella otra existente en la compraventa (artículo 2009).

Este tratamiento tiene un origen histórico intrincado. En Derecho romano se entendía no existir venta si las partes acordaban que el dominio no pasase al comprador (Dig. 18, 1, 80, 3), aunque bien podía suceder que esa transferencia no ocurriese realmente por no ser el vendedor dueño de la cosa vendida (Dig. 18, 1, 53; 19, 1, 11, 2). En el Derecho clásico esa transferencia no estaba supeditada al pago del precio (Gai. 2, 20; Dig. 18, 1, 53), como sí ocurría en el Derecho arcaico. Por ese entonces, la compraventa se perfeccionaba a través de una *mancipatio* verdadera y la transferencia del dominio de la cosa vendida era una de las consecuencias de su consumación, debido a que, de no intervenir un precio real, el acto no se

perfeccionaba en razón de hacer parte aquél de la formalidad en que la *mancipatio* consistía (Gai. 1, 119)<sup>40</sup>. A esto se tiene que haber referido la noticia que da Inst. Iust. 2, 1, 41, según la cual habría existido en la Ley de las XII Tablas (451-450 a. C.) una norma que negaba la adquisición del dominio mientras no se hubiera pagado el precio<sup>41</sup>. Aunque de un modo imperfecto, y por influencia griega, el emperador Justiniano quiso sancionar el principio de no transferencia del dominio por el no pago del precio (aceptando en su sustitución que se garantizase que éste se pagaría), pero conservó al mismo tiempo la posibilidad de que el dominio se transfiriese cuando el vendedor se había confiado del comprador<sup>42</sup>.

Para proteger su crédito contra el eventual incumplimiento del comprador, el vendedor recurría a determinados pactos, como el de arrendamiento (*locatio conductio*) o precario (*precarium*), el de hipoteca (*pactum reservatae hypothecae*), el comisorio (*lex commissoria*) y el de reserva de dominio (*pactum reservati domini*). El primero de ellos tenía por objetivo convenir que la entrega efectuada por el comprador no tuviese función de tradición, esto es, que mediante ella no se operase la transferencia de propiedad de la cosa vendida, para que el comprador quedase en calidad de arrendatario (Dig. 18, 6, 16; 19, 2, 20, 2; 19, 2, 21) o precarista (Dig. 43, 26, 20). De esta manera,

<sup>40</sup> Véase, entre otros, ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in Diritto romano*, Nápoles, Eugenio Jovene, 2.<sup>a</sup> ed., 1954, § 19, p. 279; DE ZULUETA, F., *The Roman Law of Sale*, Oxford, Clarendon, 1945, p. 3; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La compraventa», en PARICIO SERRANO, J. (coord.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Ramón Areces, 1994, pp. 554-555.

<sup>41</sup> Según Johann Gottfried Stallbaum (1793-1861), el fragmento de la Ley de las XII Tablas al que alude Inst. Iust. 2, 1, 41 (aunque el propio texto reconoce ser también un principio de Derecho natural) era: «*Res vendita transque data emptori non acquiritor, donecum satisfactum escit*». Pothier interpretaba este fragmento de la siguiente manera: «*Res vendita, etiam secuta traditione, emptori non acquiratur; donec venditori satisfactum sit*». Cfr. POTHIER, R. J., *Pandectae Justinianae in novum ordinem Digestae*, París, Dondey-Dupré, 1818, I, pp. 432 (texto) y 444 (interpretación).

<sup>42</sup> La regla recogida en Inst. Iust. 2, 1, 41 venía formulada de la siguiente forma: «[...] mas las cosas vendidas y entregadas no se adquieren para el comprador de otro modo, que si éste hubiere pagado el precio al vendedor...» («... *venditae vero res et traditae non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit* ...»). Con todo, el propio texto admitía dos excepciones que permitían al comprador adquirir el dominio de la cosa vendida sin que mediase un pago efectivo: (i) si el vendedor había recibido una satisfacción equivalente al pago, como ocurría si el comprador proponía otro pagador (*expromissore*), aseguraba determinadas condiciones de la cosa vendida mediante una declaración formal (*expromissio nummorum*), o constituía una fianza o una prenda (*De re rust.* 2, 2, 6; Gai. 4, 28; Dig. 18, 1, 53); y (ii) si el vendedor «hubiere seguido la fe del comprador» («*fidem emptoris secut fuerit*»), expresión indiciaria de que aquél concedía crédito al comprador y, en consecuencia, aceptaba adelantar la entrega postergando el pago efectivo e inhibiéndose de efectuar una reserva de propiedad. Una regla similar se halla en Dig. 18, 1, 19, casi con seguridad interpolado.

si no se pagaba el precio, el vendedor podía recobrar la tenencia a través de un interdicto de precario (o de una *actio praescriptis verbis*) o bien merced a la *actio ex locato*, según fuere el caso<sup>43</sup>. Menos común era la cláusula por la cual el comprador constituía una hipoteca (*rectius*: una garantía real sin desplazamiento<sup>44</sup>) a favor del vendedor sobre la cosa mueble que había adquirido, para asegurarle el pago del precio o del saldo pendiente<sup>45</sup>. La cosa vendida ingresaba, pues, al patrimonio del comprador gravada con la mentada hipoteca, que tenía preferencia sobre cualquier otra constituida por el comprador en garantía de una obligación posterior (Cod. Iust. 8, 17, 3). De muy corriente uso era, en cambio, convenir una *lex commissoria*, cuya eficacia era propia de la compraventa (Dig. 18, 3), donde la resolución que ella entrañaba incidía tanto sobre la obligación incumplida como sobre la transferencia de propiedad ya operada<sup>46</sup>. Ella, empero, supeditaba sus efectos a la decisión del vendedor, quien podía pedir la resolución o exigir el pago del precio, siempre a través de la *actio venditi* (Dig. 18, 1, 6, 1 y 18, 3, 4 pr.)<sup>47</sup>, de manera que su alcance era siempre personal y no quedaba afectado el dominio adquirido por el comprador o por terceros<sup>48</sup>. Por su parte, el pacto de reserva de dominio estaba destinado a evitar que la concesión de un plazo para el pago del precio fuese indiciaria de que el vendedor confiaba en el cumplimiento futuro del comprador, y tenía por propósito el de impedir que éste se hiciese dueño de la cosa vendida por la entrega subsiguiente. Con esta declaración, además, se evitaba reconocer *possessio*

<sup>43</sup> Véase MOHINO MANRIQUE, A., *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 51-120.

<sup>44</sup> En Derecho romano, la diferencia entre prenda (*pignus datum*) e hipoteca (*pignus conventum*) no decía relación con los bienes sobre los que recaía cada una de estas garantías, sino con la forma de constitución de una y otra, vale decir, con la función que en ellas desempeñaba el desplazamiento posesorio de esos bienes (existente en la primera y no en la segunda).

<sup>45</sup> Véase MOHINO MANRIQUE, *Pactos en el contrato de compraventa...*, cit., pp. 120-173.

<sup>46</sup> Existían también mecanismos similares que permitían a una parte, en ciertos supuestos, desligarse de un contrato ante el incumplimiento de la otra (por ejemplo, la *actio redhibitoria*, el derecho de desistimiento en el arrendamiento y en la sociedad, y la *condictio causa data causa non secuta*).

<sup>47</sup> El Derecho justinianeo abrió un tercer curso de acción y permitió que, verificado el incumplimiento y la consiguiente resolución del contrato, el vendedor pudiese reivindicar la cosa que estaba en poder de terceros (Dig. 6, 1, 41 pr.; Cod. Iust. 4, 54, 3-4).

<sup>48</sup> La *lex commissoria* se estableció para beneficiar a los vendedores que se confiaban del comprador y consentían en la transferencia de propiedad de la cosa vendida. De no ser así, éstos hubiesen podido ejercer la acción reivindicatoria y no se habría justificado el tan amplio uso que se hizo de la mentada cláusula.

*civilis* al comprador, que le habría permitido ganar el dominio de la cosa vendida por *usucapio*<sup>49</sup>.

La regla dual introducida por Justiniano pervivió en las Partidas (3, 28, 47) y el pacto de reserva de dominio se siguió utilizando como un expediente para convertir la compraventa en un contrato celebrado bajo condición<sup>50</sup>. De hecho, en la literatura castellana de la época se aconsejaba que se introdujese un pacto de esta clase, o bien que se constituyese una hipoteca sobre el bien vendido, porque así se preservaba la recíproca naturaleza obligatoria del contrato hasta que el precio se hubiese efectivamente pagado<sup>51</sup>. Su empleo era también frecuente en el resto del Derecho europeo precodificado<sup>52</sup>.

Bello quiso conservar esta regla y así quedó recogido a propósito la compraventa con una redacción que recuerda sus *Instituciones de Derecho romano* (1843)<sup>53</sup>. En lo esencial, ella se mantuvo inalterada durante el proceso de elaboración del Código Civil (aunque concediendo ahora a las partes las acciones propias del contrato) y sólo se vio complementada en el Proyecto de 1853 con la agregación de un inciso tercero de aclaración:

<sup>49</sup> El mero hecho de tener física o materialmente una cosa era calificado por los juristas romanos como «posesión natural» (*naturalis possessio*). Por su parte, la tenencia como dueño recibía el nombre de «posesión civil» (*possessio civilis*), independiente de que el poseedor fuese o no el verdadero dueño de la cosa. Sólo ella permitía ganar el dominio por usucapión. Paulatinamente, empero, ciertas tenencias comenzaron a ser amparadas por el pretor mediante interdictos, ya para mantener al interesado en ella, ya para permitirle recuperar la cosa perdida. Esos casos se agrupan bajo la denominación genérica de posesión pretoria o interdictal, que beneficiaba al tenedor de una parcela del *ager publicus vectigalis*, al precarista, al secuestre y al acreedor prendario. Otros poseedores naturales no estaban protegidos por interdictos, y sólo pudieron acudir a ellos en calidad de *útiles* (por ejemplo, el usufructuario, el superficiario y el beneficiario de una servidumbre predial). Gayo utilizó el término «cuasiposesión» (*quasi possessio*) para describir estos supuestos (Gai. 4, 139), el que a partir de Justiniano quedó reservado para la posesión de derechos (*possessio iuris*), sobre todo a partir de la generalización lingüística obrada por los juristas medievales.

<sup>50</sup> Por ejemplo, todavía en GARCÍA GOYENA, F./AGUIRRE, J., *Febrero ó librería de los jueces, abogados y escribanos*, Madrid, I. Boix, IV, 1842, núm. 3261, pp. 2-3: «Celébrase la venta con condición cuando á ella se añade algún pacto permitido por derecho. Los permitidos son los siguientes: [...] 6.º Que el dominio y riesgo de la finca pertenezcan al vendedor, hasta que el comprador le pague su valor, y que mientras no se lo pague perciba aquel los frutos que produzca. En todos estos casos se juzga celebrada la venta, no absoluta sino condicionalmente, y la comodidad debe tocar al que experimente [*sic*] el riesgo».

<sup>51</sup> ÁLVAREZ CORA, E., *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, p. 263.

<sup>52</sup> COING, H., *Derecho privado europeo*, trad. de Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, I, § 87, p. 571.

<sup>53</sup> Los quehaceres intelectuales de Bello fueron muchos y diversos. Véase GUZMÁN BRITO, A., *Vida y obra de Andrés Bello, especialmente considerado como jurista*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2008.

BELLO, *Instituciones de Derecho romano* (1843)<sup>54</sup>

Artículo 2009 del Proyecto de 1853

El comprador está obligado a pagar el precio y el vendedor a la tradición de la cosa; por lo que antes de pagarse el precio no se hace la cosa del comprador ni aun por medio de la tradición; salvo que se haya dado seguridad para el pago al vendedor, o que éste haya querido fiarla.

Si en el contrato de venta no se estipula plazo para el pago del precio, la tradición no transfiere el dominio mientras no se pague el precio o no se asegura su pago a satisfacción del vendedor.

De aquí se sigue que la acción del vendedor no tiene lugar antes de la entrega de la cosa, ni la del vendedor antes de satisfacerse el precio.

Las enajenaciones hechas por el comprador en el tiempo intermedio, no transfieren el dominio; pero se confirmarán por el pago o aseguramiento del precio a que dicho comprador es obligado.

Lo que se dice del dominio, debe entenderse de los demás derechos reales y de la mera posesión civil en sus casos.

Paralelamente, en el Proyecto de 1853 se introdujo una norma en el Título dedicado a la tradición que reiteraba la regla ya existente en la compraventa (artículo 821)<sup>55</sup>. Con algunos cambios, ella se transformó en el actual artículo 680 CC desde el Proyecto de 1855:

Artículo 821 Proyecto de 1853

Artículo 821 Proyecto Inédito

Artículo 680 Código Civil

La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese.

La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese.

<sup>54</sup> BELLO LÓPEZ, A., *Obras completas*, XII, Caracas, La Casa de Bello, 1954.

<sup>55</sup> En una nota marginal, Bello dejó indicado que las fuentes del artículo 821 eran: *Inst. Iust.* 2, 1, 41; *Dig.* 18, 1, 3 y 18, 1, 19; y *Part.* 3, 28, 47. Cfr. BELLO LÓPEZ, *Obras completas*, XVII, cit., p. 462.

Artículo 821 Proyecto de 1853	Artículo 821 Proyecto Inédito	Artículo 680 Código Civil
En la venta, además de lo dicho [en el actual artículo 679 CC], no se transfiere el dominio mientras no se paga el precio, a menos que se asegure su pago a satisfacción del vendedor, o se venda a plazo.	Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago.	Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición.

Desde el denominado Proyecto Inédito<sup>55bis</sup>, pues, la regla sobre transferencia de propiedad cambió en el sentido que posteriormente quedó recogido en el actual artículo 680 II (con la consiguiente eliminación del artículo 2009 del Proyecto de 1853), de manera que a partir de entonces la entrega de una cosa en virtud de un título traslativo produce invariablemente la transferencia de su dominio (artículos 675 y 703 III CC), salvo que se haya pactado reserva hasta el pago o estipulado una condición<sup>56</sup>. La existencia de un plazo en la compraventa (artículo 1807 II CC), en cambio, no altera el efecto inmediato de la tradición, dado que esta modalidad no incide sobre la adquisición de un derecho y sólo supedita su ejercicio (artículos 1080 y 1826 CC)<sup>57</sup>. Cuestión aparte es la exigibilidad de la obligación del vendedor, pues éste está obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o en la fecha prefijada en él, pero el comprador no puede exigirla si no ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o se ha vendido a plazo (artículo 1826 CC). El código protege así al vendedor a través de la suspensión del cumpli-

<sup>55bis</sup> Con el nombre de «Proyecto Inédito» se conoce el texto publicado por Miguel Luis Amunátegui Reyes (1862-1949) en 1890 a partir de los ejemplares del Proyecto de 1853 que habían pertenecido a algunos miembros de la Comisión Revisora. Este texto recoge las anotaciones efectuadas por esa comisión durante el primer examen al que fue sometido dicho proyecto, de suerte que constituye un texto intermedio entre el Proyecto de 1853 y el Proyecto de 1855, que fue aquel presentado al Congreso Nacional para su aprobación.

<sup>56</sup> Esta última fue una agregación debida al segundo examen de la Comisión Revisora y aparece por primera vez en el Proyecto de 1855 (artículo 680).

<sup>57</sup> El Código Civil define la condición suspensiva como «*un acontecimiento futuro que puede suceder o no*» (artículo 1473), el que, «*mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho*» (artículo 1479). La misma idea repite el artículo 1078 CC respecto de las asignaciones condicionales: ellas «*no confieren al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición*». De esta manera, esta clase de condición no supedita propiamente el nacimiento de un derecho, sino su atribución patrimonial al acreedor, dado que el contrato (o el testamento) está perfecto en cuanto tal. Por eso, el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación hasta que la condición se haya verificado totalmente, y todo lo que se hubiere pagado antes de que ello ocurra se puede repetir mientras aquélla no se produzca (artículo 1485 CC).

miento, e incluso hay fundamento para construir desde esa regla (y también desde el artículo 147 CCom) una resolución por anticipación o incumplimiento previsible<sup>58</sup>.

La historia legislativa recién revisada demuestra que es poco probable que la aparente contradicción entre los artículos 680 II y 1874 CC provenga de una inadvertencia de Andrés Bello (1781-1865)<sup>59</sup>. Quizá el argumento más convincente que comparece para demostrarlo sea que el artículo 1874 CC existía desde los primeros proyectos y nunca varió su redacción, de suerte que no es una consecuencia añadida al cambio de criterio sobre transferencia de la propiedad debido a la Comisión Revisora. Cuesta pensar que, tras diversas lecturas y reformulaciones, una contradicción tan manifiesta y en aspectos de tanta entidad no fuese advertida por Bello, como sí cabe la posibilidad de que no reparase en otras menores<sup>60</sup>. Además, aquél tenía una larga experiencia en materia de imprenta, ediciones y correcciones, no sólo en su calidad de autor de varias obras, sino también debido a que se encargó personalmente del proceso de edición de *El Araucano*<sup>60bis</sup> durante casi veinticinco años, por lo que despierta extrañeza que una antinomia como la apuntada le pasase inadvertida, sobre todo en consideración de la centralidad que reviste la compraventa en el sistema del código y del extenso título que a ella se dedica, compuesto de 103 artículos.

Dado que la reserva de dominio era usual en la práctica forense de aquella época, la solución más plausible es que Bello dispuso los artículos 680 II y 1874 con las redacciones que hoy

<sup>58</sup> Véase CONTARDO GONZÁLEZ, J. I., «Por un sistema de medidas anticipatorias frente al incumplimiento contractual», en TURNER SAELZER, S./VARAS BRAUN, J. A. (eds.), *Estudios de Derecho civil IX*, Santiago, ThomsonReuters, 2014, pp. 556-557, y «La resolución por anticipación o por incumplimiento previsible. Intento de construcción a partir de los artículos 1826 del Código Civil y 147 del Código de Comercio», en DOMÍNGUEZ HILDAGO, C. et alii (ed.), *Estudios de Derecho civil VIII*, Santiago, ThomsonReuters, 2013, pp. 267-268.

<sup>59</sup> Esta explicación ha sido utilizada asimismo para justificar la regla de distribución de los riesgos del artículo 1550 CC, que se juzga errónea y copiada del derecho francés (cfr. nota 123). Véase una mirada de conjunto sobre la justificación de dicha regla en LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos...*, cit., núm. 93, pp. 519-521, y ELORRIAGA DE BONIS, F., «La teoría de los riesgos», en FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Estudios sobre reformas al Código Civil y de Comercio*, II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 28-34.

<sup>60</sup> Sobre ellas: GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile*, Santiago, Universidad de Chile, 1982, II, pp. 419-436.

<sup>60bis</sup> *El Araucano* fue un periódico bisemanal publicado en Santiago de Chile por el gobierno. Comenzó a circular en 1830 y en él se publicaban las leyes y decretos promulgados, aunque su contenido era mucho más amplio que el de servir de gaceta oficial del Estado. Por ejemplo, desde sus inicios y hasta 1853, Andrés Bello colaboró con artículos sobre política exterior y literatura, traducciones y recensiones. También el naturalista francés Claudio Gay (1800-1873) publicó en él sus investigaciones, y lo propio hizo Eusebio Lillo (1826-1910) con la letra del Himno Nacional en 1847. *El Araucano* fue reemplazado por el Diario Oficial, cuya primera edición es del 1 de marzo de 1877.

figuran en el código por una razón determinada, de manera que incumbe al intérprete descubrirla con el propósito de fijar desde ella el sentido y alcance que posee cada una de esas normas (artículo 23 CC). Entre las reglas que el propio código previó para determinar el genuino sentido de una ley comparece aquella que ordena no desatender el tenor literal cuando el sentido de la ley es claro (artículo 19 CC). Respecto de la cláusula en referencia, la finalidad de su inclusión no parece estar clara con la sola lectura de las dos normas que se refieren a ella, como demuestra la existencia de la antinomia denunciada por la doctrina mayoritaria, de donde se sigue que el intérprete puede recurrir a la intención o espíritu que hubo detrás para regularla. Esta indagación debe comprender el mismo código y la historia fidedigna de su establecimiento (artículo 19 II CC).

La revisión de la historia legislativa de los artículos 680 II y 1874 CC demuestra que el punto de inflexión entre ambas se produjo con ocasión del primer examen a que se sometió el Proyecto de 1853 por parte de la Comisión Revisora, como quedó consignado después al elaborarse el Proyecto Inédito (artículo 821). Desde ese momento, el pago del precio dejó de ser un elemento imprescindible para operar la transferencia de la propiedad de la cosa vendida, y la única excepción a ese efecto dominical inmediato es la estipulación de una reserva de dominio u otra condición. Esto demuestra que la reserva de dominio cumple una función esencial dentro del nuevo sistema, porque permite diferir un efecto que de otra forma sobrevendría naturalmente por la entrega de la cosa de parte del vendedor. De ahí que no sea extraño que la doctrina<sup>61</sup> y jurisprudencia<sup>62</sup> del siglo XIX diesen validez a esta cláusula y le reconociesen un efecto suspensivo de la tradición, como ocurría en el Derecho anterior<sup>63</sup>. Aunque ya existe un antecedente en la tesis de Carlos Aguirre Vargas (1852-1886) defendida en 1875 sobre la improcedencia de la acción reivindicatoria a favor del vendedor

<sup>61</sup> CHACÓN, J., *Exposición razonada i estudio comparativo del Código Civil chileno*, Santiago, Imprenta Nacional, 3.ª ed., 1890, II, p. 169; FABRES, J. C., *Instituciones de Derecho civil chileno*, Valparaíso, Universo de G. Helfmann, 1863, núm. 522, p. 222; LASTARRIA, J. V., *Instituta del Derecho civil chileno*, Gante, Eugene Vanderhaeghen, 2.ª ed., 1864, pp. 9 y 265-266; VERA, *Código Civil...*, cit., p. 73.

<sup>62</sup> Véase: SCS 12 de agosto de 1863 (*GT* 1863, núm. 1649, pp. 625-626), 13 septiembre de 1864 (*GT* 1864, núm. 1774, pp. 643-645), 10 de junio de 1868 (*GT* 1868, núm. 1317, p. 590) y 5 de mayo de 1886 (*GT* 1886, I, núm. 1393, p. 948). En la SCA La Serena 3 de mayo de 1867 (*GT* 1867, núm. 1296, p. 534) se admite que los vendedores se reserven el dominio de las cosas entregadas al concurso, concediendo a los acreedores sólo la facultad de pagarse con ellos.

<sup>63</sup> La única diferencia era que en las Partidas la eficacia de la reserva de dominio incidía sobre el contrato en su totalidad y no sólo sobre su alcance dominical como título de una tradición posterior.

impagado<sup>64</sup>, la obscuridad en torno a la correcta armonización de los mentados artículos surgió al despuntar el siglo xx y se funda en el alcance de la expresión «no producirá otro efecto» contenida en el artículo 1874 CC, que es el argumento que se invoca para rechazar la procedencia de la reserva de dominio en la compraventa<sup>65</sup>. Aun así, esta cláusula ha sido utilizada en alguna ocasión<sup>66</sup>.

No es casual que este giro coincida con un cambio de etapa en la conformación de la dogmática civil. La segunda mitad del siglo xix vio aparecer dos géneros literarios: las instituciones y los comentarios<sup>67</sup>. Las primeras estuvieron basadas en una lectura preliminar del nuevo código a través de un orden de exposición elemental de su contenido, y los dos trabajos que pertenecen a este género se publicaron en 1863<sup>68</sup>. Se trata, por tanto, de textos consistentes en una reexposición literal del Código Civil y destinados a su enseñanza, donde está ausente cualquier intento de elaboración dogmática, interpretación o presentación de problemas. Pronto comenzaron a surgir los comentarios, que siguieron el orden del articulado del código con el añadido de una explicación del autor para ilustrar el contenido de cada una de sus normas, la que generalmente se obtiene del Derecho precedente (romano, castellano e indiano) aunque con el incipiente recurso al Derecho comparado<sup>69</sup>. Fue esta pervivencia

<sup>64</sup> AGUIRRE VARGAS, C., «La resolución de la venta por no haberse pagado el precio ¿da acción reivindicatoria al vendedor?» (1875), en *Obras jurídicas*, Santiago, Imprenta Gutenberg, 1891, pp. 313-330.

<sup>65</sup> CAMPO ORELLA, J., *La Ley n.º 4702 sobre ventas a plazo*, memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, 1945, p. 15; CLARO SALAS, H., *Elementos de Derecho civil*, I, Santiago, Cervantes, 1912, núm. 311, pp. 168-169; DÁVILA, O./CAÑAS, R., *Apuntes de Código Civil. Tercer año (clases de don Leopoldo Urrutia)*, Santiago, L. V. Caldera, 1901, p. 288; POZO SILVA, R., *De la Ley n.º 4702, sobre compraventa de cosas muebles a plazo*, Santiago, Dirección General de Prisiones, 1944, p. 20; SANTA CRUZ BARCELÓ, A., *La Ley n.º 4702 sobre ventas a plazo*, Santiago, Universo, 1930, núm. 13, p. 16; VARAS, E./VÉRGARA, A., *Explicaciones de Derecho civil tomadas de las clases de don Luis Claro Solar. Segundo año*, Santiago, Imprenta Chile, 2.ª ed., 1908, núm. 514, p. 243.

<sup>66</sup> En la SCS 30 de agosto de 2005 (rol núm. 2037-2003) se había intentado un interdicto para recuperar la posesión sobre una franja desocupada del río Mapocho con la que deslindaba el predio principal. Este último figuraba inscrito a nombre del Fisco, y quien reclamaba la posesión era una propietaria anterior, quien en 1981 había vendido el predio riberano estipulando un pacto de reserva de derechos a su favor sobre la porción de terreno que a él accediere por aluvión. La querrela posesoria fue rechazada, aunque sin pronunciamiento sobre el alcance de esta estipulación. Véase el comentario de ATRIA LEMAITRE, F., «Derechos reales», *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 3 (2013), pp. 24 y 26-30.

<sup>67</sup> GUZMÁN BITO, A., «El Código Civil de Chile y sus primeros intérpretes», *Revista Chilena de Derecho* 19/1 (1992), p. 86.

<sup>68</sup> Se trata de las *Instituciones de Derecho civil chileno* de José Clemente Fabres (1826-1908) y la *Instituta del Derecho civil chileno* de José Victorino Lastarria (1817-1888), ambas publicadas en 1863 y citadas en la nota 61. Sobre estas obras: GUZMÁN BRITO, A., «Los dos primeros libros chilenos sobre Derecho civil patrio», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XI (1986), pp. 143-163.

<sup>69</sup> Destacan en este período los trabajos de Jacinto Chacón Barry (1820-1898), *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno* (1868); Paulino

la que explica que los artículos 680 II y 1874 CC se interpretaran de modo armónico y que la reserva de dominio siguiese siendo utilizada como garantía de las ventas a plazo<sup>70</sup>.

El nuevo siglo supuso la publicación de los primeros tratados de Derecho civil, que presentan un sistema expositivo y una elaboración conceptual con evidente independencia constructiva respecto del código, aspecto que permitió su crítica<sup>71</sup>. Sin embargo, esta crítica del Derecho codificado no fue siempre acertada, porque en ocasiones más que una formulación de teorías enderezadas a la solución de casos difíciles existió la construcción de un mito jurídico sin justificación diacrónica ni sincrónica<sup>72</sup>. Las razones de este proceder son varias, principalmente la creciente influencia de la doctrina francesa y su peculiar identidad basada en el análisis de reglas y en el método dogmático (a veces puramente exegético), con escasa penetración de otras ciencias sociales<sup>73</sup>, lo que sólo comenzó a cambiar hacia el último tercio del siglo XX<sup>74</sup>. De ahí que no sea sorprendente que, aunque sea verdad que la doctrina chilena carece de un método propio fácilmente identificable y que cada autor afronta el análisis de su disciplina a partir de su propia formación o historia vital<sup>75</sup>, exista una cierta convergencia en torno al rechazo de la

---

Alfonso del Barrio (1862-1923), *Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo de la Universidad de Chile* (1882); y Robustiano Vera Díaz (1844-1916), *Código Civil de la República de Chile comentado y explicado* (1892-1897). Sobre el primero de ellos: GUZMÁN BRITO, A., «Un jurista chileno de la segunda mitad del siglo XIX: Jacinto Chacón Barrios», en CATTAN ATALA, Á./GUZMÁN BRITO, A. (eds.), *Homenaje a los profesores Alamiro de Ávila Martel, Benjamín Cid Quiroz, Hugo Hanisch Espíndola*, Santiago, Universidad del Desarrollo, 2005, pp. 305-333.

<sup>70</sup> Véase la nota 61.

<sup>71</sup> GUZMÁN BRITO, «El Código Civil de Chile y sus primeros intérpretes», cit., p. 87.

<sup>72</sup> El término «mito jurídico» se emplea aquí en el sentido que le asigna GROSSI, P., *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, pp. 15-16: comporta una certeza axiomática a la que se llega tras absolutizar ciertas nociones y principios relativos y discutibles, reemplazando el conocimiento por la creencia. Son varios los mitos jurídicos que se han creado en torno al Código Civil chileno. Véase, por ejemplo, ALCALDE SILVA, J., «La rescisión en el Código Civil chileno», en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (COORD.), *Estudios de Derecho civil V*, Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 2010, pp. 47-77, especialmente pp. 48-61. En cierta medida, es también la actitud que denunciaba MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.<sup>a</sup>, «Los desprecios del Código Civil», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 19 (2009), pp. 229-238.

<sup>73</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., «La influencia de la doctrina francesa en el Derecho chileno», *Cuadernos Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado* 2 (2005), pp. 61-80.

<sup>74</sup> Véase JESTAZ, P./JAMIN, C., *La Doctrine*, París, Dalloz, 2004, pp. 120-167.

<sup>75</sup> Como constataba MARTÍNEZ, M. L., «La technique du plan o el método francés de redactar textos jurídicos», *Revista Chilena de Derecho* 33/1 (2006), pp. 177-185. Con todo, han existido algunos esfuerzos enderezados a delinear los rasgos de la cultura jurídica chilena. Véase, entre otros, BARAONA GONZÁLEZ, J., «La cultura jurídica chilena: apuntes históricos, tendencias y desafíos», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXV* (2010), pp. 427-448; BRAVO LIRA, B., «Estudios de Derecho y cultura de abogados en Chile 1758-1998: tras la huella *Ius commune*, la codificación y la descodificación en el nuevo mundo», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XX* (1998), pp. 85-106; QUINTANA BRAVO, F., *Interpretación y argumentación jurídica*, Santiago, Editorial Jurídica

reserva de dominio como garantía eficaz a partir de un mero análisis textual y no de sentido de las dos normas que se refieren a ella en el Código Civil (artículos 680 II y 1874)<sup>76</sup>. También contribuyen a la aceptación de esta suerte de interpretación canónica en torno a dicho rechazo el excesivo peso adquirido por ciertos autores y la escasez de una reflexión detenida (salvo algunos esfuerzos destacables) del Derecho de bienes y de garantías<sup>77</sup>.

Esta nueva comprensión de los artículos 680 II y 1874 CC tuvo también consecuencias prácticas, porque supuso el abandono de la reserva de dominio como garantía natural en las ventas a plazo. Esto no entrañaba mayores trastornos respecto de los bienes raíces, porque en ellos era posible asegurar el saldo de precio mediante la constitución de una hipoteca sobre la misma cosa vendida, que seguía en manos del comprador para su aprovechamiento. Distinto era el caso de las cosas muebles, dado que la única garantía real indubitada que proporcionaban tanto el Código Civil como el Código de Comercio era la prenda, que suponía el desplazamiento de la cosa pignorada al acreedor y la consiguiente imposibilidad de servirse de ella por parte del constituyente (artículos 2386 CC y 817 CCom). Especialmente ostensible era la falta de una garantía eficiente para asegurar el pago del saldo de precio cuando se trataba de bienes de producción, que de otra forma debían quedar en manos del vendedor en su calidad de acreedor prendario y no de quien iba a darles uso. Por esta razón, y siguiendo el ejemplo del Derecho francés, el tráfico comenzó a utilizar otras alternativas para asegurar el pago del saldo de precio, especialmente bajo la forma de contratos simulados de comodato, depósito y arrendamiento<sup>78</sup>.

De éstos el expediente más difundido fue el arrendamiento con opción de compra, donde el vendedor comparecía en calidad de arrendador y el comprador lo hacía como arrendatario<sup>79</sup>. El sistema

---

de Chile, 2006, pp. 216-250; SQUELLA NARDUCCI, A. (ed.), *La cultura jurídica chilena*, Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1988, y *Evolución de la cultura jurídica chilena*, Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1994.

<sup>76</sup> Véase las notas 28, 29 y 65.

<sup>77</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Retos de la dogmática civil española en el primer tercio del siglo XXI», en DELGADO ECHEVERRÍA, J./RAMS ALBESA, J., *Retos de la dogmática civil española*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011, pp. 111-113, explica que la vida media de la literatura científica en Derecho no es inferior a los veinte años que se menciona para las humanidades y puede superar incluso esta cifra, lo que explica la pervivencia de ciertos autores.

<sup>78</sup> CAMPO ORELLA, *La Ley n.º 4702...*, cit., p. 16; POZO SILVA, *De la Ley n.º 4702...*, cit., pp. 17-20; SANTA CRUZ BARCELÓ, *La Ley n.º 4702...*, cit., p. 11.

<sup>79</sup> Véase el esfuerzo de sistematización de SÁNCHEZ ZAÑARTU, R., *El contrato de arrendamiento con opción de compra*, Santiago, Imprenta Nacional, 1927. ORTÚZAR SOLAR, A., *El contrato de leasing*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 10, sin embargo, no hace referencia a este origen, sino que sitúa su aparición en 1977 con la creación de Leasing Andino, y lo propio señala PUELMA ACCORSI, Á., *Contratación comercial moderna*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 99-100.

funcionó correctamente, ya que la mayoría de estas operaciones eran realizadas por firmas comerciales de reconocida honorabilidad, que no abusaron de la situación privilegiada en que se encontraban; pero no faltaron algunos comerciantes inescrupulosos que, aprovechándose de las cláusulas a su favor que insertaban en los contratos, engañaron a algunos clientes demasiado confiados<sup>80</sup>. Como fuere, la simulación no podía constituir la regla general y era necesario regular el mercado de las ventas a plazo. El escenario contractual era especialmente arriesgado para el comprador, quien se fiaba de que el vendedor cumpliría su palabra de «venderle» la cosa cuando hubiere acabado de pagar el precio convenido y, en consecuencia, se hiciese exigible la opción pactada. Mientras eso no ocurriese, el vendedor era formalmente arrendador y podía solicitar la restitución de la cosa desahuciando el contrato de acuerdo a las reglas previstas en los artículos 1951 y siguientes CC.

Para remediar esta situación, el Presidente Carlos Ibáñez del Campo (1877-1960) solicitó a la Comisión encargada de la revisión del Código de Comercio que estudiase un proyecto de ley donde convergiese la protección de los intereses del vendedor y del comprador, el que fue escindido del Proyecto de represión de la usura presentado en 1927<sup>81</sup>. Ella optó por atribuir al comprador el dominio de la cosa comprada desde la celebración del contrato, mientras que el vendedor garantizaba el pago del saldo de precio con una prenda sin desplazamiento que aquél constituía a su favor sobre la misma cosa vendida<sup>82</sup>. El proyecto fue presentado con carácter de urgente al Congreso Nacional el 22 de agosto de 1929, el que lo aprobó con pequeñas modificaciones enderezadas a equilibrar las posiciones de las partes, y se promulgó como Ley 4702<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> SANTA CRUZ BARCELÓ, *La Ley n.º 4702...*, cit., p. 12.

<sup>81</sup> El Mensaje con el que el proyecto fue presentado al Congreso constataba al respecto: «Las compraventas a plazo de cosas muebles, que tanto desarrollo han tomado en los últimos tiempos, exigen una reglamentación que sirva para proteger el comercio serio y honrado, cuando dispensa crédito al comprador, y para reprimir la usura y abusos de los comerciantes inescrupulosos» (Cámara de Diputados, *Boletín de sesiones ordinarias*, 1929, Santiago, Imprenta Nacional, 1929, II, p. 1610).

<sup>82</sup> El Mensaje explicaba de esta forma su decisión: «Entre los muchos sistemas imperantes sobre la materia, el Gobierno ha adoptado el de la constitución de prenda sobre cosa vendida y entregada al comprador, porque se satisface así la justa y legítima aspiración del comprador de pasar a ser dueño de la cosa y, al mismo tiempo, se garantiza ampliamente al vendedor el pago del precio» (CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de sesiones ordinarias*, cit., p. 1610).

<sup>83</sup> El proyecto tuvo una rápida tramitación en el Congreso Nacional. Fue presentado en la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados mediante el Mensaje presidencial de 27 de agosto de 1929. Dicha Cámara lo aprobó el 22 de octubre del mismo año, y lo propio hizo el Senado el 25 de noviembre. El proyecto fue promulgado como Ley 4702 el 3 de diciembre de 1929 y publicado en el Diario Oficial tres días después. El resumen de su tramitación puede ser revisado en UGARTE VIAL, J. (dir.), *Historia e índice de las leyes*, Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 1950, II, p. 949.

Según esta ley, al celebrarse una compraventa sobre una cosa corporal mueble, singularizable y no fungible (de un tipo taxativamente señalado en su artículo 41), cuyo precio debía pagarse en todo o parte a plazo, la deuda de tal precio podía ser garantizada con una prenda sobre la misma cosa vendida, cuya tenencia (adquirida por la tradición subsiguiente al contrato) permanecía no obstante en el comprador (artículos 1.º y 3.º), como ocurría también con las ya existentes prendas agraria (Ley 4097) e industrial (Ley 4312). El contrato era solemne, porque se debía otorgar por escritura pública o privada con firmas autorizadas por un notario (artículo 2.º I); y también lo era la adquisición del derecho real, que ocurría por inscripción del contrato en el Registro Especial de Prenda a cargo del Conservador de Bienes Raíces (artículos 2.º II y 40)<sup>84</sup>, y la cesión de los derechos del acreedor prendario (artículo 5.º). Esta prenda era especial respecto de aquella tratada en el Código Civil (libro IV, título XXXVII), y su especialidad residía, además de la ya mencionada solemnidad y de la ausencia de desplazamiento, en: (i) la circunstancia de su constitución, dado que ésta debía tener lugar conjuntamente con la compraventa (artículos 2.º y 41), que bien podía no contenerla (artículo 1.º); (ii) el hecho de que sólo podía recaer sobre la cosa vendida y no sobre otras del comprador o de un tercero, de suerte que el constituyente era necesariamente el deudor (artículo 1.º); y (iii) que únicamente servía para garantizar la deuda de precio de una compraventa de ciertas cosas corporales muebles (artículos 1.º y 41), sin que el deudor pudiese darla en prenda o en garantía de otros contratos (artículo 10), aunque sí venderla (artículo 11).

El Proyecto original contenía además una norma que finalmente no pasó al texto de la Ley 4702, pues fue eliminada durante su tramitación en la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados<sup>85</sup>. Ella establecía una presunción de Derecho, según la cual se consideraba compraventa todo contrato de bienes muebles que se celebrase después de la promulgación de la proyectada ley y que por sus disposiciones esenciales debiese estimarse como tal aun cuando se disimulase bajo la forma de arrendamiento, promesa de venta, venta condicional o de cualquier otra manera (artículo 42 del Proyecto de 27 de agosto de 1929)<sup>86</sup>. El restablecimiento de esta presunción fue rechazado

<sup>84</sup> El DS 2826, de 6 de enero de 1930, del Ministerio de Justicia, sancionó el Reglamento para el Registro Especial de Prenda previsto en la Ley 4702.

<sup>85</sup> Véase CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de sesiones ordinarias*, cit., pp. 1716-1721.

<sup>86</sup> El Mensaje explicaba que se había seguido este camino para evitar que se continuasen cometiendo abusos con aquellas simulaciones, dado que el Proyecto otorgaba al comerciante acreedor garantías exorbitantes (en él se favorecía todavía más al vendedor, pues el comprador sólo gozaba de determinadas excepciones enumeradas en el artículo 32

durante su discusión en sala por parte de la Cámara de Diputados, pues una disposición de tal naturaleza era inútil al existir ya los artículos 1444 y 1560 CC y, sobre todo, en consideración de que el criterio uniforme de la jurisprudencia había sido el de apreciar correctamente la naturaleza de estos contratos al resolver sobre su esencia y naturaleza<sup>87</sup>.

Desde 2011 la Ley 4702 quedó derogada merced al nuevo régimen de la prenda sin desplazamiento contenido en el artículo 14 de la Ley 20.190, que unifica la pluralidad de regímenes por entonces existentes<sup>88</sup>. Sin embargo, las prendas constituidas con anterioridad a la vigencia de esta ley se continúan rigiendo por su disciplina original (artículo 42), salvo que las partes, en el plazo de un año y por contrato solemne inscrito en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, hubiesen acordado someterse a la nueva ley, en cuyo caso se reconocerían a la prenda transformada la antigüedad y la fecha de la prenda original para efectos de su preferencia (artículo único transitorio).

## V. UN ENSAYO DE RECONSTRUCCIÓN EN TORNO A LA RESERVA DE DOMINIO

Expuesto el marco histórico de las dos normas que se refieren a la reserva de dominio en el Código Civil (artículos 680 II y 1874) en el párrafo precedente, conviene acometer la revisión de la solución tradicionalmente propuesta para solucionar la antinomia que se detecta entre ellas. Dicha tarea exige ante todo contrastar la regla hermenéutica que subyace tras esa solución, que niega valor a la reserva de dominio al dar primacía al artículo 1874 CC en razón de su especialidad sobre el artículo 680 II CC (1), para enseguida proponer una nueva lectura de la supuesta aporía, esta vez favorable a tal estipulación sobre la base de una aplicación armónica de ambas disposiciones (2), refiriendo las consecuencias que se siguen de afirmar su eficacia en relación con la posición jurídica de las partes (3).

---

y no de todas las listadas en el artículo 464 CPC). De ahí que no hubiese razón para tolerar en el futuro los abusos por entonces existentes, que provenían de la falta absoluta de garantía. Cfr. CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de sesiones ordinarias*, cit., p. 1612.

<sup>87</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de las sesiones extraordinarias*. 1929, Santiago, Imprenta Nacional, 1929, p. 99.

<sup>88</sup> Véase GUZMÁN BRITO, *Tratado de la prenda sin desplazamiento...*, cit., pp. 90-153.

## 1. PREMISA: LA REGLA HERMENÉUTICA DEL ARTÍCULO 13 CC Y EL PROBLEMA DEL CONCURSO O CONCURRENCIA DE NORMAS

La explicación usual dada por la dogmática civil soluciona el conflicto entre los artículos 680 II y 1874 CC a partir del artículo 13 CC, que consagraría el principio de especialidad. Desde él se concluye que ha de primar la regla referida a la compraventa (artículo 1874 CC), por ser ésta especial respecto de aquella prevista para la tradición (artículo 680 II CC)<sup>89</sup>. Sin embargo, el problema presenta alguna complejidad desde el punto de vista de la Teoría del Derecho y requiere de ciertas precisiones preliminares, pues ambas normas no son entre sí excluyentes y pueden ser aplicadas de manera conjunta.

Conviene fijar ante todo la función que desempeña el artículo 13 CC. La regla que ahí se contiene se ocupa de un asunto parcialmente diferente de aquel sobre el que versa el principio de especialidad, pues señala el modo de conciliar dos o más normas situadas al interior de una misma ley cuyas hipótesis son susceptibles de ser aplicadas al mismo caso, pero con soluciones incompatibles<sup>90</sup>. En aquél se aborda, entonces, una situación similar a aquella que la dogmática penal denomina «concurso ideal», que se produce cuando una acción o un conjunto de acciones unitariamente consideradas configuran a la vez varios tipos delictivos homogéneos o heterogéneos y se debe determinar de qué forma se castigará al hechor. De acuerdo al criterio de absorción de penas del artículo 75 CP, el juez sancionará el hecho con la pena mayor asignada al delito más grave.

Esta situación es lo que en Teoría del Derecho se denomina una antinomia real o concurrencia excluyente: dos normas coinciden en sus supuestos fácticos, pero contemplan consecuencias jurídicas diferentes e incompatibles entre sí, de suerte que la aplicación de una deja fuera necesariamente a la otra<sup>91</sup>. Para que ella exista se

<sup>89</sup> Véase la bibliografía citada en la nota 28.

<sup>90</sup> Del principio de especialidad trata parcialmente el artículo 4.º CC. En él se señala que las disposiciones contenidas en los códigos especiales en razón de materia (cita ejemplarmente el de Comercio, Minería y de Ejército y Armada, todavía no preparados por entonces) debían aplicarse con preferencia de aquellas dadas por el Código Civil. La especialidad es ahí, por tanto, respecto de leyes consideradas en su totalidad (una general y otra especial), y no sobre partes de un mismo texto, sin que se excluya una posible supletoriedad a veces expresa en ciertos códigos (por ejemplo, en los artículos 2.º CCom y 6.º del Código Aeronáutico). Cuestión aparte es la extensión que cabe dar a este principio en relación con otras parcelas que poseen una configuración dogmática distinta. Véase, por ejemplo, VERGARA BLANCO, A., *El Derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como «Derecho común»*, Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 2011.

<sup>91</sup> Véase, en general, DÍAZ TOLOSA, R., «Concurrencia de normas: la norma especial no siempre desplaza a la general», en VERGARA BLANCO, A., (ed.), *Dogmática y sistema. Estudios de Teoría del Derecho*, Santiago, ThomsonReuters, 2014, pp. 61-76.

requiere que haya dos o más normas (i) que tienen en principio el mismo ámbito de aplicación y (ii) que imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles. De suerte que la cuestión estriba en determinar qué norma prevalece, pues no siempre el conflicto se produce al interior de una misma ley. Los criterios que se invocan con ese fin son los de jerarquía, cronología, especialidad, distribución de la competencia e interés preponderante<sup>92</sup>. En Derecho chileno, por su parte, la concurrencia de normas al interior de una misma ley se debe resolver conforme a la regla del artículo 13 CC, vale decir, corresponde individualizar la norma que más directa e inmediatamente atañe al caso por su particularidad, de suerte que ella hace excepción a la otra que, aparentemente, también resulta aplicable pero que atañe a un supuesto formulado con carácter general, la cual queda por eso excluida<sup>93</sup>.

Así entendida, dicha regla ofrece una solución a la antinomia por vía de discriminación según la singularidad añadida al supuesto de hecho de las normas concurrentes y que hace que ellas no sean finalmente contradictorias en sus soluciones. En otras palabras, existe una misma descripción del caso que comparece a la vez como el supuesto fáctico tanto de una norma general como de otra particular, situadas ambas al interior de una misma ley. Frente a ese problema, el operador jurídico se decantará por la regla que hace excepción a aquella otra dotada de mayor generalidad en razón de la diferencia específica añadida<sup>94</sup>. Por eso, esta regla no se superpone a aquella prevista en el artículo 22 CC, según la cual el contexto de una ley permite interpretar cada una de sus partes, de manera que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía. Antes bien, el artículo 13 CC no es más que su aplicación conceptual en cuanto ordena la forma de proceder cuando hay una norma general (género próximo) y otra particular (diferencia específica) dentro de una misma ley y debe darse a ellas una lectura armónica que salve las soluciones incompatibles<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> Véase, por ejemplo, HENRÍQUEZ VIÑAS, M., *Las fuentes formales del Derecho*, Santiago, LegalPublishing, 2009, pp. 11-16.

<sup>93</sup> GUZMÁN BRITO, A., *Las reglas del «Código Civil» de Chile sobre interpretación de las leyes*, Santiago, LexisNexis, 2007, pp. 157-168.

<sup>94</sup> Bello citaba como fuente del artículo 13 CC la regla recogida en Dig. 50, 17, 80, según el cual la especie deroga al género. Añadía enseguida este comentario: «La oposición debe aparecer en una misma ley, para que haya lugar a lo que en este artículo se dispone: la regla no sería segura, si la oposición resultase de la comparación de una ley con otra distinta. Todos los artículos de un código, y aun de distintos códigos, coordinados entre sí, como, por ejemplo, los códigos franceses civil, comercial y de enjuiciamiento, constituyen una misma ley». Cfr. BELLO, *Obras completas*, XVII, cit., p. 38.

<sup>95</sup> DUCCI CLARO, C., *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3.ª ed., 1997, núm. 88, p. 138.

Como fuere, el artículo 13 CC es inaplicable a la concurrencia o concurso normativo que se produce entre los artículos 680 II y 1874 CC, pues las soluciones o consecuencias jurídicas que ellos proponen no son entre sí contradictorias. Por el contrario, el análisis semántico (artículo 20 CC) y sistemático (artículo 22 CC) de esos dos artículos muestra que ambos responden a un mismo ámbito (la reserva de dominio en la compraventa), sin excluirse recíprocamente por el contexto en que vienen dispuestos (uno entre las reglas que conforman la disciplina de la tradición y el otro cuando se abordan las consecuencias que se siguen del incumplimiento del comprador de pagar el precio). El problema no es, por consiguiente, de concurrencia excluyente, sino de concurrencia acumulativa, porque las dos normas se complementan en virtud de que sus consecuencias jurídicas se pueden producir conjuntamente sin limitación recíproca. Como se demostrará enseguida, el artículo 680 II CC reconoce la eficacia de la reserva de dominio como condición suspensiva añadida al título que difiere la efectiva transferencia de propiedad de la cosa vendida y entregada al comprador, mientras que el artículo 1874 CC trata de la forma en que el vendedor podrá recuperar materialmente esa cosa cuando no se ha pagado el precio en la oportunidad señalada, fallando dicha condición.

Corresponde al operador jurídico situar cada una de esas normas en el lugar dogmático que le es propio para que entre ellas exista la debida correspondencia y armonía que ha de fluir del contexto de la ley, y extraer de ahí las consecuencias que permiten pactar con plena eficacia una cláusula de reserva de dominio como garantía de pago del saldo de precio adeudado por el comprador<sup>96</sup>.

## 2. UNA SOLUCIÓN PARA EL PROBLEMA A PARTIR DE LA DIFERENCIA ESPECÍFICA QUE PRESENTAN LOS ARTÍCULOS 680 II Y 1874 CC

Asumido que los artículos 680 II y 1874 CC se refieren por igual a la reserva de dominio como su género próximo, uno y otro deben poseer un sentido distinto a la luz de la diferencia específica que procede de su tenor literal y contexto. Cabe, pues, darles coherencia recurriendo a las reglas de interpretación que propone el

---

<sup>96</sup> SOZA RIED, M. Á., «La naturaleza jurídica de la tradición: ¿acto o hecho jurídico?», *Revista Chilena de Derecho* 30/2 (2003), p. 302, nota 60, intuye que el problema gira en torno a un «asunto de hermenéutica» y se muestra favorable a la aceptación del pacto por la protección que confiere al vendedor.

propio Código Civil, pues la concurrencia no excluyente o antinomia aparente es siempre un problema hermenéutico<sup>97</sup>.

El primer paso para armonizar ambas normas consiste en prestar atención a la segunda parte del artículo 1874 CC. Ahí, después de que se señala que la cláusula de reserva de dominio da lugar a la opción de remedios del artículo 1873 CC, se consigna un efecto para el caso de que el vendedor decida ejercer la pretensión de cumplimiento, pues: «*pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiera hecho de la cosa o los derechos que hubiere constituido sobre ella en el tiempo intermedio*». Esta consecuencia parece demostrar que la reserva de dominio sí produce en el contrato de compraventa su efecto propio, el que se aborda con una mirada estrictamente obligacional. De lo contrario, una vez efectuada la tradición, se produciría de forma inexorable la transferencia de la cosa vendida, sin importar si el precio fue realmente pagado<sup>98</sup>. Sólo si el vendedor opta por la resolución, operaría la restitución de la cosa (artículo 1487 CC), y se habría de proceder a las prestaciones mutuas con arreglo al artículo 1875 CC<sup>99</sup>. En tal evento, además, y según la explicación usual, cabría la reivindicación de la cosa vendida respecto de terceros poseedores de acuerdo con los artículos 1490 y 1491 CC (artículo 1876 I CC). Pero entonces no tiene sentido decir que «subsistirán» las enajenaciones y derechos debidos al proceder del comprador cuando se paga el precio, porque éste ha realizado tales actos siempre sobre cosa propia y no es menester servirse de ninguna ficción (como aquella del artículo 682 II CC) para atribuirles eficacia<sup>100</sup>.

Conviene recordar que el código prescribe que, ante la duda de si una cláusula ha tenido eficacia, se debe preferir el sentido que produzca algún efecto antes que aquel que no sea capaz de producir efecto alguno (artículo 1562 CC). Si el artículo 1874 CC produce un determinado efecto, como es la retroacción de las enajenaciones y derechos constituidos una vez que se ha pagado el precio, y ese efecto se conecta con la suspensión del alcance dominical de

<sup>97</sup> Por todos, DÍAZ TOLOSA, «Concurrencia de normas...», cit., pp. 74-75.

<sup>98</sup> La exigencia del artículo 1826 III CC dice relación con el ejercicio del derecho de opción concedido ante la mora de entregar del vendedor, y no con el alcance dominical de la entrega. Esta materia queda excluida de la disciplina de la compraventa por el reenvío del artículo 1824 II CC a las reglas sobre tradición. De ahí que la acción del artículo 1826 II CC sea también de carácter personal.

<sup>99</sup> La regla sobre restitución de frutos del artículo 1875 CC sólo se aplica en la resolución por incumplimiento, y no cuando se haya estipulado una condición resolutoria ordinaria (artículo 1488 CC).

<sup>100</sup> La utilización del verbo «subsistir» por parte del artículo 1874 CC denota la idea de continuación de algo ya existente, que permanece o mantiene su vida, según el sentido natural y obvio de dicha expresión (artículo 20 CC). Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa Calpe, 21.ª ed., 1992, p. 1356.

la tradición (artículo 680 II CC), es dable pensar que la cláusula de reserva de dominio ha cumplido en el contrato de compraventa su función propia, de suerte que aquel efecto excluido («no producirá otro efecto que ...») guarda relación con otro aspecto de la cláusula y no con su eficacia suspensiva sobre la transferencia de propiedad de la cosa vendida. De lo contrario, tal consecuencia del pago del precio expresamente mencionada por el artículo 1874 CC carecería de eficacia, y el propio código ordena que dicho sentido sea desechado.

Esta consecuencia que el artículo 1874 CC atribuye al pago del precio es indiciaria de que el comprador no es dueño de la cosa a pesar de haber mediado «tradición». Esto se debe a que esta última no ha producido su efecto natural de transferir el dominio de la cosa vendida, el que queda en suspenso hasta que no acaezca el hecho del que pende la condición añadida por las partes (artículo 680 II CC). Así venía dicho claramente hasta el Proyecto de 1853 (artículo 2009). Por esta razón, todas las enajenaciones que haga y los derechos que constituya el comprador mientras no pague el precio acordado, no producen otro efecto que el de transferir los derechos que éste tenía sobre la cosa vendida (artículo 682 I CC). Sólo cuando el comprador adquiere el dominio de la cosa después de las enajenaciones o de la constitución de derechos (como ocurrirá si paga el precio), se entiende por retroacción que esos actos han producido su efecto natural desde el momento en que se celebraron (artículo 682 II CC).

De ahí que, leído en su integridad, el artículo 1874 CC imponga en realidad una distinción entre la suerte del contrato de compraventa y la transferencia de la cosa vendida. La reserva de dominio comporta, entonces, una condición suspensiva introducida en el título de la tradición (artículos 675 y 680 II CC)<sup>101</sup>, de suerte que la segunda parte de ese artículo («y pagando-tiempo intermedio») no hace más que asignar carácter retroactivo a su cumplimiento, con lo cual reafirma de paso la idea de que el código no ha atribuido tal carácter como un efecto general de la condición cumplida y ha optado por un criterio pragmático: en algunos casos se procede con (artículos 1486, 1490, 1491, 1492 y 2413 CC) y en otros sin (artículos 758, 1486, 1488, 1490 y 1491 CC) retroactividad<sup>102</sup>. El vendedor cumple con su obligación, por tanto, entregando la cosa vendida, sin que dicha entrega suponga necesaria-

<sup>101</sup> SOZA RIED, «La naturaleza jurídica de la tradición...», cit., pp. 301-302.

<sup>102</sup> CAPRILE BIERMANN, «La reserva de dominio...», cit., p. 37, señala que la transferencia de la cosa vendida bajo reserva de dominio queda supeditada a la solución que se adopte sobre el efecto inmediato o retroactivo de la condición suspensiva cumplida.

mente tradición, pues el efecto dominical depende de las reglas del título VI del libro II (artículo 1824 CC), donde se admite separar ambas.

Nada hay de extraño en esta consecuencia, dado que el código considera válidos los contratos de compraventa celebrados sobre cosa ajena. También ahí se produce una disociación entre la validez del contrato y las consecuencias que entraña la tradición de la cosa vendida, pues esta última carece de efecto dominical y es inoponible por falta de consentimiento al verdadero dueño, quien conserva su derecho para instar por la recuperación de la cosa (artículos 1815 y 1818 CC)<sup>103</sup>. De hecho, el efecto que el artículo 1874 CC atribuye al pago del precio respecto de las enajenaciones y derechos que afectan la cosa vendida guarda relación con aquel previsto en el artículo 1819 CC para la venta de cosa ajena. Según esta norma, si el vendedor adquiere el dominio de la cosa con posterioridad a su venta y entrega, se mira al comprador como dueño desde la fecha de la tradición. De esto se sigue que, si el vendedor ha vendido por segunda vez la cosa después de adquirido el dominio, éste subsiste en el primer comprador (artículo 1817 CC). En ambos casos existe una condición suspensiva añadida al título, explícita en la reserva de dominio e implícita en la venta de cosa ajena<sup>104</sup>. Por eso, en ellos el comprador se reputa haber adquirido desde la fecha de la entrega en la medida que se cumpla la condición, como ocurre cuando aquél paga el precio o el vendedor se convierte en dueño. Asimismo, el reconocimiento de la venta de cosa ajena no impide que el comprador bajo reserva de dominio transfiera eventualmente la cosa vendida o bien constituya derechos sobre ella, porque la validez de esos actos no queda supeditada a su efecto real<sup>105</sup>. Salvo en lo que atañe a

<sup>103</sup> Los artículos 1916 II y 2390 CC también reconocen la validez de los contratos de arrendamiento y de prenda sobre cosa ajena.

<sup>104</sup> Aunque quepa una cierta asimilación, ambas situaciones no son del todo equiparables. En la venta de cosa ajena, la condición implícita de convertirse el vendedor en dueño comporta una *conditio iuris*, dado que se trata de un requisito objetivo que subordina la eficacia dominical de la tradición (artículo 682 CC). Entraña, pues, un presupuesto indefectible de naturaleza legal exigido por este modo de adquirir, como es el hecho de ser dueño el transferente. El pago del precio en la reserva de dominio, en cambio, opera como una condición propia en el sentido del artículo 1479 CC, vale decir, se trata de un hecho futuro e incierto introducido por las partes para supeditar la efectiva transferencia de propiedad de la cosa vendida. Este carácter lo convierte en un elemento intrínseco de la declaración de voluntad, puesto que sin él la entrega supondría que el comprador se convierte en dueño y el vendedor deja de serlo por ser la compraventa un título traslativo de dominio (artículos 675, 680 II y 703 III CC).

<sup>105</sup> Hasta el Proyecto Inédito existía al final de la clasificación de las obligaciones un título dedicado a la cláusula de no enajenar. En este último sólo se admitía la validez de dicha cláusula cuando venía referida a cosas sujetas a restitución o a una condición resolutoria (artículo 1723). En el Proyecto de 1853, la redacción aludía a la misma idea, pero explicitaba cuándo las cosas estaban sujetas a restitución: si enajenadas podían comprometer algún derecho de la parte a cuyo favor se estipulaba, o de un tercero cuyo interés hubiese podido tomarse en consideración al tiempo del contrato (artículo 1723).

bienes sujetos a registro, donde la inscripción opera como garantía de titularidad (artículos 686, 696, 724, 728 y 924 CC, 52 y 89 RRCBR, 13 DL 2222/1978, 4.º RRNAE, 34 y 35 del Código Aeronáutico, 33 de la Ley 18.290, y 8.º RRVM), esos actos quedarán sujetos a la condición implícita de que el comprador pague y se convierta efectivamente en dueño<sup>106</sup>. Apoya esta interpretación el hecho de que el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces permite inscribir facultativamente toda condición suspensiva del dominio de bienes inmuebles o de derechos reales constituidos sobre ellos (artículo 53 núm. 1.º), trámite que se cumple en el Registro de Propiedad (artículo 32). Si esto es así, quiere decir que la inscripción de un bien raíz no necesariamente comportará tradición en el sentido del artículo 696 CC, porque las partes pueden dejar constancia registral de que su voluntad ha sido sujetar esa transferencia a una condición. Cuestión distinta es su oponibilidad al vendedor, que puede recuperar la cosa a través de las acciones reales que protegen su derecho de propiedad respecto de terceros adquirentes.

La correcta comprensión de la operatividad de la reserva de dominio depende, en suma, de situar las dos normas que se refieren a ella en las sedes dogmáticas que les son propias y distinguir entre la función de garantía que desempeña dicho pacto y el medio jurídico mediante el cual ésta se actúa, vale decir, entre la fase de constitución (a) y de ejercicio (b) de la garantía que supone para el vendedor el reservarse el dominio de la cosa vendida hasta el pago del precio.

#### a) La fase de constitución de la reserva de dominio

El artículo 680 CC trata del sentido que posee la reserva de dominio. Como anuncia su ubicación, esta norma se refiere a la tradición de la cosa vendida y, por remisión del artículo 1824 CC, queda incorporada al parágrafo dedicado a las obligaciones del vendedor y primeramente de la de entregar (libro IV, título XXIII, § 6). Esto explica

---

Pese a la mención que hace de este pacto el artículo 53 núm. 3.º RRCBR, su eficacia se juzga hoy de acuerdo a parámetros puramente obligacionales (como infracción de una obligación negativa y sancionada de acuerdo al artículo 1555 CC). Véase, por todos, PINOCHET OLAVE, R., «Sobre la validez de las cláusulas de no enajenar», en BARCIA LEHMANN, R. (ed.), *Fundamento de derechos reales en el Derecho chileno*, Santiago, ThomsonReuters, 2013, pp. 258-284, y CORRAL TALCIANI, H., «Cláusulas de no enajenar: su régimen jurídico a partir de la distinción entre prohibiciones de disponer y obligaciones de no disponer», en BARRÍA PAREDES, M. *et alii* (eds.), *Estudios de Derecho privado. Homenaje al Profesor Ramón Domínguez Águila*, Santiago, ThomsonReuters, 2015, pp. 275-308.

<sup>106</sup> Tal es el criterio que establece el artículo 39 II del Código Aeronáutico: mientras no se inscriba el documento que acredite el pago del precio, la aeronave reservada no puede ser transferida ni hipotecada sin autorización del propietario (vendedor).

que antes se haya excluido el principio de especialidad como criterio de solución de la aparente antinomia entre los artículos 680 II y 1874 CC, dado que uno y otro atañen por igual a la eficacia del pacto, aunque en distintos aspectos según el grado de particularidad de su supuesto. La función del artículo 680 CC es, por consiguiente, fijar los efectos que produce la entrega de la cosa vendida, la que sin embargo no lleva aneja una transferencia dominical.

La tradición supone un elemento material («*la entrega que el dueño hace de ellas [de las cosas cuyo dominio se adquiere] a otro*») y otro intencional («[tal entrega se efectúa] *habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo*»), que debe estar presente tanto en el transferente como en el adquirente (artículo 670 CC). En cuanto acto material, la entrega es en sí misma neutra y no da indicios sobre la calidad en que queda quien recibe la cosa transferida<sup>107</sup>. Para comprobarlo, basta reparar en que los medios que el artículo 684 CC describe como figurativos de transferencia son de por sí equívocos, de suerte que es necesario que el transferente signifique (haga saber, declare, manifieste) que está efectivamente transfiriendo el dominio por ese acto. De aquí se sigue que la entrega sólo comportará tradición cuando existe una intención común de transferir y adquirir (artículos 670 y 677 CC) y el transferente sea realmente dueño de la cosa que entrega (artículo 682 CC).

Sin embargo, este elemento volitivo exigido por la tradición no es propio de ella y viene cumplido merced a la voluntad típica de la causa o título que la origina, lo que explica la exigencia de un título traslativo de dominio como presupuesto de la tradición (artículo 675 CC)<sup>108</sup>. Es tal aquel que por su naturaleza sirve para transferir el dominio (artículo 703 III CC), vale decir, aquel que en abstracto tiene por propiedad intrínseca la transferencia de propiedad de un bien en virtud de su función típica (artículo 1444 CC). Esto explica que la entrega pueda presentar iguales connotaciones externas que aquella que comporta tradición (artículos 684, 685, 686 y 698 CC), pero sin que traiga aparejada una transferencia de dominio. Así ocurre, por ejemplo, en el arrendamiento (artículo 1924 núm. 1.º CC),

<sup>107</sup> Véase BARRIENTOS GRANDÓN, J., «De la “tradición” y su definición en el Código Civil chileno», *Revista Chilena de Derecho Privado* 1 (2003), pp. 11-108, y «De las voces “tradición” y “entrega” en el Código Civil chileno. Sobre la civilística chilena y nuestro “Código Civil imaginario”», en CARVAJAL RAMÍREZ, P. (ed.), *Estudios de Derecho romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper*, Santiago, Librotecnia, 2007, pp. 109-153.

<sup>108</sup> GUZMÁN BRITO, A., «Contribución a la crítica del dogma de la voluntad como fuente de efectos jurídicos. La voluntad específica en los actos jurídicos de Derecho patrimonial privado» (1992), ahora en *Estudios dogmáticos de Derecho civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005, pp. 199-203.

el comodato (artículo 2174 I CC), el depósito (artículos 2212 y 2213 CC), la prenda civil y comercial (artículos 2386 CC y 817 CCom) y el transporte (artículo 180 CCom); en la constitución de un derecho de usufructo (artículo 774 CC), de uso y de habitación (artículos 812 CC); con el aporte no dominical a una sociedad (artículos 2082 CC y 479 CCom), y en ciertos casos con la provisión que hace el mandante para que el mandatario pueda cumplir su encargo (artículo 2158 núm. 1.º CC).

El artículo 680 CC señala que la tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, siempre que se exprese, y algo similar señala el artículo 1807 CC al referir que la venta puede ser pura y simple o condicional. Esto significa que es el título el que contiene la descripción de un acontecimiento futuro e incierto que altera los efectos normales de la entrega de la cosa vendida, ya para postergar la adquisición del dominio por parte del comprador, ya para fijar el momento de su extinción (artículo 1479 CC).

Con todo, la revisión de los distintos supuestos posibles permite constatar que una condición puede convenirse tanto para el nacimiento del negocio condicional como para la producción de efectos de un negocio ya perfecto<sup>109</sup>. Esta distinción tiene importancia para valorar la conveniencia de postular la retroactividad de los efectos del acto condicional, y también para situar el alcance de la reserva de dominio en cuanto condición. En el primer caso, cuando la condición se estipula para tener por existente al negocio, el efecto retroactivo no parece justificado en razón de que las partes han acordado que si el suceso acaece habrá negocio y, mientras tal no ocurra, nada existirá entre ellas. Al ser el propio negocio el productor de los efectos, su existencia es la que justifica que éstos se verifiquen en el plano jurídico, de manera que no tiene sentido extender hacia el pasado su alcance. Por ejemplo, si la compraventa de un terreno queda pendiente de que se conceda una autorización municipal para edificar en él, aquélla no será eficaz ni se considerará celebrada en tanto no se otorgue dicho permiso de edificación, y sólo desde entonces existirá contrato y se producirían sus efectos entre comprador y vendedor<sup>110</sup>.

<sup>109</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, D., *Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 375-376.

<sup>110</sup> Cuando se trata de un contrato consensual, la existencia de una condición que difiera la perfección del propio contrato se confunde en parte con el contrato de promesa (artículo 1554 CC). El Código Civil señala como requisito que en éste «*se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriben*» (artículo 1554 núm. 4.º). Tal circunstancia tenía un corolario en la redacción que daba a esta norma el Proyecto de 1853, pues ahí se precisaba que, si el contrato era de aquellos que se perfeccio-

En cambio, cuando la condición fue establecida para dejar en suspenso un efecto de un negocio ya celebrado (como la adquisición de un derecho o la exigibilidad de una obligación), la retroacción sí parece en principio justificada por ser dicho negocio anterior al evento, aunque la ley o los contratantes bien pueden modificar esta consecuencia natural y negar dicha retroactividad. Es lo que ocurre cuando la transferencia de propiedad se subordina al pago del precio o a cualquier otro hecho futuro e incierto (artículo 680 II CC): hasta que eso no ocurra, el contrato existe pero no ha producido en plenitud sus efectos, pues el comprador no se ha convertido en dueño de la cosa que materialmente recibe del vendedor. Cabe preguntarse, entonces, desde cuándo el comprador se reputa dueño, dado que entre la entrega material y la tradición ha transcurrido un lapso más o menos extenso. De ahí que los distintos ordenamientos, para buscar un equilibrio de los intereses en juego (tanto de las partes como de terceros), acepten ya la retroactividad de los efectos del acto condicional con excepciones, ya su efecto inmediato también con excepciones. En el Derecho chileno, por su parte, la solución es pragmática y no existe una regla general: en algunos casos se acepta la retroactividad y en otros no<sup>111</sup>. Por eso tiene sentido, como ha quedado dicho, la regla de cierre del artículo 1874 CC respecto de la suerte de las enajenaciones hechas por el comprador cuando éste paga el precio, que asigna efecto retroactivo al pago.

---

nan por el solo consentimiento de los contratantes (artículo 1443 CC), la promesa equivalía al contrato mismo (artículo 1733). ABELIUK MANASEVICH, R., *Contrato de promesa, de opción y otros acuerdos previos*, Santiago, ThomsonReuters, 3.ª ed., 2012, núm. 29, p. 34, y con él buena parte de la doctrina, estima que no hay inconveniente en aceptar la promesa de contrato bilateral, pues las partes pueden no haber determinado en su integridad los elementos esenciales del contrato prometido, o bien haber diferido algunos de ellos para más adelante (por ejemplo, las partes, el objeto y la contraprestación), fuera de que el contrato definitivo sólo quedará perfecto cuando las partes así lo acuerden. Si se acepta el primer argumento, el contrato de promesa contraviene el artículo 1554 CC, que exige una especificación exhaustiva de los elementos del contrato definitivo, sin que ellos puedan ser diferidos para más adelante, de manera que aquél no produce obligación alguna (artículo 1444 CC). El segundo argumento, por su parte, conduce el problema por un camino distinto, porque postula que el consentimiento no siempre produce sus efectos de manera instantánea. Esto sucede cuando las partes han introducido una condición que difiere la perfección de un contrato hasta la ocurrencia del hecho futuro e incierto descrito por las partes. No existe, entonces, propiamente un contrato de promesa sino el mismo contrato consensual que se desea celebrar, pero sujeto a una condición suspensiva (requisito también mencionado, por cierto, en el artículo 1554 núm. 3.º CC para la promesa). En sentido similar, PUELMA ACCORSI, *Contratación comercial moderna*, cit., pp. 18-21. De cualquier forma, nada impide que las partes estipulen que un contrato naturalmente consensual deba celebrarse previo cumplimiento de alguna solemnidad voluntaria, en cuyo caso la promesa vale porque el contrato no está todavía perfecto (*arg. ex* artículo 1802 CC).

<sup>111</sup> Véase todavía VÍO VÁSQUEZ, E., *Las obligaciones condicionales*, Concepción, Escuela Tipográfica Salesiana, 1945, núm. 145-149, pp. 154-158.

Ahora bien, esta posibilidad de condicionar el efecto jurídico de la entrega plantea una cuestión colateral, como es aquella relativa al contenido de la obligación del vendedor, que se resume en la pregunta de si éste está obligado sólo a entregar la cosa o si, además, debe transferir su dominio al comprador. No hay duda de que la tendencia comparada apunta en este último sentido (artículos IV. A-2:101 DCFR y 91 CESL)<sup>112</sup>, y así se ha postulado aisladamente para el Derecho chileno<sup>113</sup>. Sin embargo, una solución radical a este problema excluye el libre juego de la autonomía individual de que gozan las partes, quienes pueden determinar por principio el alcance de la vinculación obligacional a la que se someten en todo aquel ámbito cubierto por el Derecho dispositivo<sup>114</sup>. De ahí que un acercamiento más realista y funcional a los intereses en juego consista en no constreñir el concepto del artículo 1793 CC, que entiende existir compraventa cuando una parte se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla (en su mayor parte) en dinero.

De esta manera, cuando el artículo 1824 CC señala que la principal obligación del vendedor es hacer «*la entrega o tradición*» de la cosa vendida, dicha mención debe ser leída a partir del valor gramatical que tiene la conjunción disyuntiva «o», que denota ahí una equivalencia funcional de las dos palabras entre las que se sitúa<sup>115</sup>: el vendedor cumple tanto entregando materialmente la cosa vendida como transfiriendo su propiedad al comprador cuando esto es posible<sup>116</sup>. Dicho en otros términos, la obligación del vendedor se reduce al menos a traspasar al comprador la tenencia de la cosa vendida, vale decir, a efectuar la tradición de ella en lo

<sup>112</sup> Véase, por ejemplo, MORALES MORENO, A. M., «Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro Código europeo de contratos» (2000), ahora en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson/Civitas, 2006, pp. 155-156, y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P., «La compraventa: algunas singularidades a la luz del Proyecto de Marco Común de Referencia», en BOSCH CAPDEVILLA, E. (ed.), *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Barcelona, Bosch, 2012, pp. 339-342.

<sup>113</sup> Véase UGARTE GODOY, J. J., «La obligación esencial del vendedor es transferir el dominio», en HENRÍQUEZ HERRERA, I. (ed.), *La compraventa. Nuevas perspectivas doctrinarias*, Santiago, ThomsonReuters, 2015, pp. 43-105.

<sup>114</sup> Véase DE LA MAZA GAZMURI, I., «Configuración de la obligación de entregar a través de la autonomía privada: derechos de terceros», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXIX (2012), pp. 95-114.

<sup>115</sup> BELLO LÓPEZ, A., *Gramática de la lengua castellana*, Madrid, EDAF, núm. 1256, 2004, p. 356.

<sup>116</sup> Las obligaciones de dar y entregar son distintas desde un punto de vista prestacional. Ahora bien, no obstante esta diferenciación en cuanto a su contenido, el artículo 1548 CC señala que la obligación de dar contiene la de entregar, esto es, no hay transferencia de dominio sin el consiguiente traspaso de su tenencia material. Por el contrario, puede ocurrir que haya entrega física y no por eso tradición (artículo 682 CC). Esto explica que el plazo de prescripción de la acción redhibitoria se cuente desde la entrega real (artículo 1866 CC), que no necesariamente coincidirá con la tradición (artículos 684, 686 y 1824 CC), porque sólo entonces el comprador podrá tomar conocimiento de los vicios que afectaban la cosa adquirida (artículo 1858 núm. 3.º CC).

que a su materialidad se refiere (*factus tradendi*). El sentido técnico de «*obligarse a dar una cosa*» de acuerdo al artículo 1793 CC entraña, entonces, una puesta de ella en poder del comprador, sin que tal acto determine la titularidad con que éste recibe en un sistema dual de título y modo<sup>117</sup>.

Con esta explicación adquiere coherencia, además, el que se reconozca la validez tanto de la venta de cosa ajena (artículo 1815 CC) como de la reserva de dominio (artículos 680 II y 1874 CC), de cierta forma conectadas entre sí<sup>118</sup>. La razón es que el hecho de que el vendedor quede obligado a transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida no se explica sólo por la evidente desaparición de las razones que justificaron la contraria solución romana (como fue el diseño de un régimen de saneamiento de la evicción distinto a aquel del incumplimiento contractual), sino en especial por lo natural que parece que el comprador de cosa ajena tenga de inmediato a su disposición los remedios generales ante el incumplimiento (como sucede también con la imposibilidad inicial)<sup>119</sup>, y lo mismo cabe decir respecto de la reserva de dominio desde que se niega que la recuperación se produzca merced al ejercicio de una acción reivindicatoria.

Ahora bien, el Derecho exige actuar bajo parámetros de certeza que aseguren el carácter completo (al menos deseable) del sistema<sup>120</sup>. De ahí que la protección de la apariencia haga presumir que la entrega de la cosa vendida comporta en principio tradición, dado que la intención de transferir y adquirir de las partes se expresa en un título traslativo de dominio sobre el que concuerdan ambas partes (artículo 675, 677 y 703 III CC)<sup>121</sup>. El artículo 680 CC, empero,

<sup>117</sup> El verbo dar tiene distintas acepciones, una de las cuales lo propone como sinónimo de entregar (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, cit., p. 467). De esta manera, cuando se interpreta la obligación del vendedor en el sentido arriba referido no se hace más que entender las palabras de la ley en su sentido natural y obvio, según su uso general, y no como un término técnico que denota enajenación, vale decir, la transferencia de propiedad o la constitución de otro derecho real sobre una cosa (artículos 20 y 21 CC). Por lo demás, ya el artículo 670 CC caracteriza la tradición como el modo de adquirir que consiste en la entrega de una cosa.

<sup>118</sup> BARRIENTOS GRANDÓN, «De la "tradición"...», cit., pp. 145-147.

<sup>119</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* 46/4 (1993), pp. 1722-1723.

<sup>120</sup> Por eso, en ocasiones, una regla aparentemente formulada con carácter general no tiene en realidad tal extensión y su campo queda circunscrito a supuestos de cierre. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el concepto de buena fe del artículo 706 CC en materia posesoria. Véase CARVAJAL RAMÍREZ, P., «Artículo 706 del Código Civil chileno: crítica como pretendido núcleo textual del principio de la buena fe», en PIZARRO WILSON, C. (ed.), *Estudios de Derecho civil IV*, Santiago, LegalPublishing, 2009, pp. 31-45.

<sup>121</sup> La SCS 23 de enero de 1985 (*RDJ* 82, sec. 1.<sup>a</sup>, pp. 1-3) señala que el concepto de tradición del artículo 670 CC difiere de la entrega real o simbólica de bienes corporales muebles que el artículo 55 DL 825/1974 señala como presupuesto para la emisión de factura, de manera que no tiene relevancia en dicha sede la condición estipulada en una venta, según la cual el dominio sólo se transfiere con la recepción conforme de las mercaderías, con reserva del derecho del comprador para rechazarlas.

precisa que la tradición (*rectius*: el título que la justifica) puede ser hecha también bajo condición suspensiva, de donde se sigue que la adquisición del dominio no se produzca sino hasta la ocurrencia del hecho del que ésta pende (artículo 1479 CC). Entretanto el comprador queda como mero tenedor (aunque con una cierta posición contractual privilegiada), pues si bien detenta materialmente la cosa, lo hace reconociendo dominio ajeno (artículo 714 CC). La reserva de dominio cumple en esta sede su función propia, porque disocia la entrega material de la transferencia de dominio, que se posterga hasta que se cumpla la condición, esto es, hasta que se pague el precio<sup>122</sup>. De esta forma, el vendedor no sólo queda protegido por su propia posición de acreedor, sino que retiene el dominio de la cosa en garantía de su crédito<sup>123</sup>.

El artículo 1874 CC, por su parte, aborda dos cuestiones diversas, como son (i) la reiteración de la eficacia de la reserva de dominio en virtud de la retroacción de la atribución dominical derivada del pago del precio y (ii) la forma de hacer efectiva la garantía que tal pacto confiere al vendedor. De momento, sólo interesa la primera de ellas<sup>124</sup>.

<sup>122</sup> CAPRILE BIERMANN, «La reserva de dominio...», cit., pp. 34 y 38-39.

<sup>123</sup> El artículo 1820 CC pone el riesgo de la cosa vendida de cargo del comprador desde que se ha perfeccionado el contrato, aunque no se haya entregado la cosa (cfr. Part. 5, 5, 24). Esta regla se justifica por la clase de contrato que subyace en la regulación del código: la venta con entrega directa e instantánea (*emptio perfecta*). De ahí que el vendedor esté obligado a entregar inmediatamente la cosa al comprador, quien puede exigirla o desistirse del contrato (artículo 1826 CC), siendo los gastos de transporte de cargo del de aquél hasta dicha entrega (artículos 1587, 1588, 1604 y 1825 CC). En otras palabras, el riesgo corresponde al comprador porque la cosa pertenece ya a su esfera jurídica en razón de que es suya (artículos 684, 686 y 1824 CC) y, si no lo es, se debe a que no ha sido diligente en reclamarla cuando correspondía (dejando así el contrato sólo como *emptio contracta*). Por el contrario, cuando el vendedor se ha reservado el dominio, el alcance dominical de la venta es condicional (porque la condición a que se refiere el artículo 680 II CC incide en realidad sobre la compraventa en cuanto título traslativo y no difiere la entrega material) y entonces el riesgo recae sobre el vendedor. Pero aquí el código (como antes Part. 5, 5, 26) introduce una distinción, porque mientras la pérdida corresponde al vendedor, la mejora o deterioro pertenece al comprador, a quien aprovechan los frutos producidos durante el tiempo de pendencia de la condición (artículos 1488 y 1826 II CC). El artículo 1820 CC se explica, por tanto, dado que el vendedor sigue siendo dueño de la cosa mientras no se cumpla la condición. De esto se sigue que la regla usada por el Código Civil para atribuir el riesgo en la compraventa se acerca más al criterio de que las cosas perecen para su dueño (*res perit dominio*). Véase, en este sentido, HENRÍQUEZ HERRERA, I., «El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor. Una relectura del artículo 1550 del Código Civil a la luz de las fuentes», en ELORRIAGA DE BONIS, F. (coord.), *Estudios de Derecho civil VII*, Santiago, AbeledoPerrot/ThomsonReuters, 2012, pp. 560-596. Con todo, en la actualidad la tendencia comparada apunta hacia la independencia entre atribución del riesgo y transferencia de la propiedad. Véase, entre otros, ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, Montercorvo, 1972, y TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de propiedad: hacia una desconexión conceptual y temporal en sede de armonización europea», *ADC* 57/1 (2014), pp. 113-168.

<sup>124</sup> Véase *infra*, V, 2, (b), respecto de la segunda.

Al precisar que la reserva de dominio «no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa [del artículo 1873]», el Código Civil deja en claro que la compraventa confiere al vendedor las acciones propias del contrato sin importar que el dominio no se haya efectivamente transferido<sup>125</sup>. El vendedor queda protegido con estas acciones en razón de que el contrato se reputa perfecto sin más requisitos que el acuerdo de las partes sobre cosa y precio, o el otorgamiento de la respectiva escritura pública (artículo 1801 CC). Esto explica que la norma haya permanecido sin variaciones sustanciales después del cambio de criterio sobre transferencia de la propiedad operado desde el Proyecto Inédito. Tras la reordenación de los efectos del contrato de compraventa, el artículo 1874 CC siguió cumpliendo una finalidad que nada tenía que ver con la transferencia de la cosa vendida; de lo contrario, habría sido eliminado por consistencia junto con el artículo 2009 del Proyecto de 1853. Su conservación hace pensar que la regla ahí recogida recibe aplicación con indiferencia del sistema de transferencia de propiedad por el que se opte, vale decir, comparece por igual dependa o no esa transferencia del pago del precio.

Cabe añadir que el mentado artículo 1874 CC pertenece al párrafo dedicado a las obligaciones del comprador (libro IV, título XXIII, § 9), la principal de las cuales es el pago del precio (artículo 1871 CC). Esta ubicación sugiere que dicha norma tiene por finalidad reafirmar que la venta reviste un carácter consensual o solemne, según sea el caso, mas no real (artículo 1443 CC), en cuanto aclara que el pago del precio en nada afecta la perfección del contrato (artículo 1801 CC) o la transferencia del dominio (artículo 680 CC), y que la mora del comprador activa siempre el sistema de medios de tutela previsto para el incumplimiento (artículos 1489 y 1873 CC)<sup>126</sup>. Por el contrario, los efectos de la reserva de dominio inciden sobre el alcance dominical de la tradición, materia ajena al párrafo en que se sitúa el artículo 1874 CC, y de los que se ocupa el artículo 680 II CC por reenvío del artículo 1824 II CC.

La historia legislativa de los artículos 680 y 1874 CC comparece en apoyo de esta lectura sistemática. Para el Código Civil siempre hubo claridad sobre la distinción que existía entre el contrato

---

<sup>125</sup> AGUIRRE VARGAS, «La resolución de la venta...», cit., p. 315, refiere el estado de la cuestión en torno a si la resolución de la venta por no pago del precio permitía ejercer la acción reivindicatoria al vendedor. Señala que en esa época existían dos respuestas: (i) una afirmativa fundada en que, una vez resuelto el contrato, el dominio volvía a radicarse en el vendedor, dado que la subsistencia de la tradición dependía del hecho futuro e incierto de pagar el comprador el precio; y (ii) otra negativa que sólo reconocía al vendedor una acción personal derivada de la resolución por incumplimiento.

<sup>126</sup> En otras palabras, la entrega en la compraventa es *solvendi causa* y no *contrahendi causa*.

de compraventa y la tradición de la cosa vendida, esto es, entre el título traslativo de dominio y el modo de adquirir (artículo 675 CC)<sup>127</sup>. El primero quedaba perfecto por el acuerdo de las partes o por el cumplimiento de las solemnidades legales (artículo 1443 y 1801 CC), y desde ese momento se entendía que el contrato engendraba derechos y obligaciones para las partes (artículos 1826 y 1872 CC), con la consiguiente traslación del riesgo al comprador (artículos 1550 y 1820 CC). Por el contrario, la transferencia de la cosa vendida se siguió comprendiendo bajo el principio según el cual la tradición no producía el traspaso dominical que le es propio sino en virtud del pago del precio o el otorgamiento de una garantía como una suerte de pago subrogado, a menos que el vendedor hubiese hecho crédito del comprador, explícita o implícitamente (como el artículo 821 del Proyecto de 1853 entendía ocurrir si se vendía a plazo)<sup>128</sup>. La reserva de dominio era, entonces, una consecuencia natural de la venta cuyo precio no era pagado al momento de la entrega (artículo 1872 CC).

Fue en este aspecto donde hubo innovación merced al trabajo de la Comisión Revisora, porque se entendió que la tradición de la cosa vendida era un hecho jurídico distinto que no debía estar ligado estructuralmente con el pago del precio (aunque sí lo estuviese causalmente), de suerte que generaba sus efectos propios con independencia del cumplimiento de esta obligación<sup>129</sup>. La reserva de dominio pasó a ser así un elemento accidental del contrato de compraventa, introducido por las partes para modificar la consecuencia traslativa que naturalmente había de seguirse de la entrega. Con esto se admite una posibilidad de disociación entre la entrega (como mero *factus tradendi*) y la transferencia de dominio, para cuya ocurrencia sólo es necesario que las partes no signifiquen en el título que el medio material elegido para el traspaso entraña tradición, como sucede si hay una estipulación especial que excluye ese efecto connatural (artículos 1444 y 1562 CC). Esto explica igualmente la situación inversa, es decir, que no haya un efectivo traspaso material de la cosa y sí medie tradición (como acaece, por

<sup>127</sup> Según el Mensaje que precede al código: «En cuanto al dominio, uso y goce de los bienes, se han introducido novedades que tienden a importantes y benéficos resultados» (§ 18). Sin embargo, esos cambios atañen principalmente a los inmuebles y al modo en que se efectúa su tradición y se adquiere su posesión mediante la correspondiente inscripción conservatoria (§ 21). Tampoco se destacan novedades en torno a la compraventa, salvo en lo que atañe a los bienes raíces (§ 36).

<sup>128</sup> Salvo algunos ajustes menores, la redacción del artículo 1820 no varió mayormente en los distintos proyectos que precedieron al Código Civil. Cfr. BELLO LÓPEZ, *Obras completas*, XVII, cit., pp. 645-646.

<sup>129</sup> SOZA RIED, «La naturaleza jurídica de la tradición...», cit., pp. 287-305.

ejemplo, en el supuesto de la *traditio brevi manu* y el *constitutum possessorium* del artículo 684 núm. 5.º CC)<sup>130</sup>.

Como fuere, los problemas se presentarán especialmente respecto de los inmuebles y otros bienes sujetos a una disciplina similar, dado que el régimen de inscripción registral con carácter traslativo (artículo 686 CC) radicaliza la desmaterialización posesoria (artículos 696 y 728 CC) y el apoderamiento que la origina (artículo 724 CC). Es en estos casos donde la reserva de dominio presenta su verdadera utilidad, porque la inscripción opera como resguardo frente a terceros (artículos 1876 y 1491 CC). Por eso, el RRCBR permite inscribir facultativamente «[t]oda condición suspensiva o resolutoria del dominio de bienes inmuebles o de otros derechos reales constituidos en ellos» (artículo 53 núm. 1.º), trámite que se cumple en el Registro de Propiedad (artículo 32). Si esto es así, quiere decir que la inscripción de un bien raíz no necesariamente comportará tradición en el sentido del artículo 686 CC, porque las partes pueden dejar constancia registral de que su voluntad ha sido sujetar esa transferencia a una condición (artículo 680 CC), lo que es consecuencia de asumir que dicha transferencia depende antes de la naturaleza del título que del modo (artículo 675 CC). La inscripción no comporta más que una modalidad formalizada y ficticia de entrega, que no elimina los requisitos generales de la tradición como modo de adquirir (artículo 696 CC).

## b) La fase de ejecución de la reserva de dominio

Queda por indagar acerca de la particular dicción con que el artículo 1874 CC asigna eficacia al pacto de reserva de dominio, sentado que ella viene asumida por la regla consecuencial sobre el destino de las enajenaciones hechas sobre la cosa después de pagado el precio por el comprador. Bien leída, esta norma no señala que «la cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio» carece de efectos, sino que su eficacia queda reducida al alcance que enseguida se indica: la opción entre la pretensión de cumplimiento y la facultad resolutoria en los términos del artículo 1873 CC, como reacción ante la mora del comprador. Detrás de esta formulación hay una razón histórica ya en parte anticipada<sup>131</sup>.

Desde el Derecho romano se aceptó que las partes pudiesen pactar una reserva de dominio para modificar los efectos normales de una compraventa. El régimen de transferencia de propiedad

<sup>130</sup> Véase PEÑAILILLO ARÉVALO, D., «Dificultades del efecto personal del contrato», *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 167 (1979), pp. 49-60.

<sup>131</sup> Véase *supra*, IV.

impuesto en Derecho justinianeo, que exigía el pago como presupuesto para la tradición de la cosa vendida (Inst. Iust. 2, 1, 41), no contradecía la inclusión de una cláusula de reserva de dominio. Mientras el pago no tuviese lugar, y salvo que el vendedor se hubiese fiado del comprador (por ejemplo, vendiendo a plazo sin otra exigencia) u otorgado garantía suficiente, no existía traspaso de la propiedad y tampoco nacían para las partes las acciones propias del contrato, según recordaba el propio Bello en sus *Instituciones de Derecho romano*<sup>132</sup>. Cuando las partes habían pactado una reserva de dominio, la tradición que seguía a la compraventa quedaba condicionada al pago del precio y el vendedor lograba que el comprador no se convirtiese en un poseedor de la cosa vendida que pudiese ganarla por usucapión<sup>133</sup>. Lo usual era, empero, aceptar que el vendedor podía recuperar la cosa mediante la acción reivindicatoria por el hecho de permanecer propietario no obstante la venta (Cod. Iust. 3, 32, 12; 4, 49, 1)<sup>134</sup>. Pero este reconocimiento implicaba riesgos, porque suponía que el vendedor no sólo podía perseguir la cosa respecto del comprador sino también respecto de terceros adquirentes, quienes podían ignorar que la transferencia carecía de efecto dominical. Esto explica el paulatino cambio de criterio desde la regla romana hasta aquella recogida por la primera codificación, que protege a los terceros de buena fe (artículos 1490, 1491 y 1876 CC).

Las reglas elaboradas entre los siglos XVI y XVIII fueron recogidas en el *Code Civil* francés con algunas variaciones<sup>135</sup>. En éste ya no se distingue entre compraventas al contado o a plazo, pues el solo consentimiento de las partes respecto de la cosa y el precio produce la transferencia de propiedad de aquélla a favor del comprador, sin importar que éste no haya pagado todavía el precio convenido (artículos 711, 938, 1138 y 1583). Consecuente con este efecto, el privilegio sobre los bienes muebles objeto del contrato se extendió a todo vendedor impagado, quien puede además reivindicarlos bajo ciertas condiciones muy limitadas si la venta fue hecha sin señalamiento de término (artículo 2102 núm. 4.º)<sup>136</sup>.

<sup>132</sup> Véase la nota 54.

<sup>133</sup> ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 276-277.

<sup>134</sup> Los textos referidos pertenecen respectivamente a Diocleciano y Maximiano (293-304) y Antonino (215). Véase la continuidad histórica de esta regla en POTHIER, R. J., *Traité du Droit du domaine du propriété*, París, Letellier/Garnery/Nicolle/Dufresne, nueva ed., 1807, núm. 242, pp. 152-153.

<sup>135</sup> Véase, por todos, LÉVY, J. P./CASTALDO, A., *Histoire du Droit civil*, París, Dalloz, 2002, núm. 504, pp. 746-749.

<sup>136</sup> Después de la reforma de 2006, la regla quedó recogida con idéntica redacción en el actual artículo 2332 núm. 4.º del *Code Civil*.

Esta última acción, empero, no guarda correspondencia con el mecanismo de transferencia de la propiedad por el que se optó para el *Code Civil*. La necesidad de otorgar al vendedor un privilegio sobre unos bienes ajenos (transferidos precisamente merced al contrato) se justifica por el hecho de que ellos han salido efectivamente de su patrimonio. De estar todavía afectos a él, bastaría con reconocerle el derecho a reivindicar las cosas vendidas y no pagadas. Como ya no lo están, cabe ofrecer algún medio de tutela que no deje completamente desprotegido al vendedor y le asegure contra el eventual incumplimiento de la obligación de pagar el precio. Pero cuando se otorga efecto real al contrato, esta acción resulta difícil de justificar porque no existe ni un derecho de propiedad ni una posesión que permitan legitimar la pretensión del vendedor (artículo 2276 del *Code Civil*)<sup>137</sup>. Para salvar esta dificultad, la doctrina del siglo XIX elaboró una curiosa explicación, según la cual el vendedor reivindicaba, no por la propiedad que ostentaba sobre los efectos vendidos, de la que carecía, sino en virtud del derecho de retención que goza sobre ellos (artículo 1612 del *Code Civil*) a fin de recuperar su detentación<sup>138</sup>. Por éste, el vendedor podría haber retenido las cosas hasta el efectivo pago del precio, por lo que, si imprudentemente decidió fiarse del comprador y entregárselas, ha de proporcionársele algún expediente que le permita recuperarlas con el objeto de ejercer a su respecto la mentada retención en garantía de su derecho de crédito. Con ese fin comparece la acción reivindicatoria del artículo 2332 núm. 4 (antes artículo 2102 núm. 4.º) del *Code Civil*.

La tendencia histórica fue, entonces, limitar el campo de la reivindicación que podía ejercer el vendedor impagado para recuperar la cosa reservada, la que además no entrañaba la resolución del contrato de compraventa<sup>139</sup>. Una aplicación de esta idea existía en las dos leyes de prelación de créditos que precedieron al Código Civil chileno<sup>140</sup>. En ambas se permitía que el dueño pudiese recuperar las especies que existían en poder del deudor insolvente, sin

<sup>137</sup> Correspondiente al antiguo artículo 2279 del *Code Civil*.

<sup>138</sup> Véase, por ejemplo, MOURLON, F., *Répétitions écrites sur le troisième examen du Code Napoléon*, París, A. Marecq Ainé, 6.ª ed., 1863, núm. 1305-1311, pp. 528-535; PLANIOL, M./RIPERT, G., *Traité pratique de Droit civil français*, XII, París, LGDJ, 1927, núm. 195 y 197, pp. 195-196; POTHIER, R. J., *Traité de la procédure civile*, en BUGNET, J. J. (ed.), *Œuvres de Pothier*, X, París, Cosee et Delamotte/Videcoq Père et Fils, 1848, núm. 474, nota 3, pp. 219-220; VALETTE, A., *Traité des privilèges et des hypothèques*, París, Joubert, 1846, I, núm. 90, pp. 115-121.

<sup>139</sup> CABRILLAC *et alii*, *Droit des sûretés*, cit., núm. 820, p. 569.

<sup>140</sup> Sobre ellas: BRAVO LIRA, B., «Una codificación parcial: las Leyes de prelación de crédito de 1845, 1854 y 1857 en Chile», *Revista Chilena de Historia del Derecho* 8 (1981), pp. 281-324, y BARRIENTOS GRANDON, J., *Historia del Código de Comercio de la República de Chile. Sobre la cultura a través de un libro* (Santiago, Versión Producciones Gráficas Ltda., 2016), pp. 118-123.

perjuicio de los derechos que a éste correspondían sobre ellas en virtud del título que justificaba la tenencia (artículos 2.º de la Ley de 1845 y 1.º de la Ley de 1854). En la segunda de esas leyes incluso se señalaban quiénes eran los acreedores que revestían esta calidad, y se mencionaba entre ellos al «vendedor de una especie enajenada al contado, a quien no se hubiese pagado el precio» (núm. 6.º), y al «vendedor de una cosa raíz al contado, cuyo precio no hubiese sido satisfecho en parte alguna» (núm. 7.º). Vale decir, pese a la compraventa, el vendedor seguía siendo dueño si había vendido al contado y no se le había pagado el precio (Part. 3, 28, 47). En esta ley se recogía, por consiguiente, el criterio de transferencia de la propiedad del Proyecto de 1853 (artículos 821 y 2009), y no el del Proyecto Inédito (artículo 821), que es contemporáneo a la Ley de 24 de octubre de 1854 sobre prelación de créditos<sup>141</sup>. La razón es que esta última proviene del proyecto presentado al Congreso el 31 de julio de 1852, de suerte que las reglas que en ella se recogen corresponden a las ideas que por entonces tenía Bello, quien trabajaba en la versión final y completa de un proyecto de Código Civil que presentaría el año siguiente.

El Código Civil, en cambio, vuelve al criterio general de la Ley de 31 de octubre de 1845 y formula de manera genérica el derecho de separación concursal, sin incurrir en el casuismo de la Ley de 1854 (artículo 2466)<sup>142</sup>. Es de notar que en ninguna de estas tres fuentes se habla de reivindicación, sino sólo de la conservación de los derechos que le competen al acreedor en su calidad de dueño sobre las especies identificables que existan en poder del deudor insolvente, lo que guarda correspondencia con la regla del actual artículo 1874 CC, ya existente con igual redacción desde el Proyec-

<sup>141</sup> No existe demasiada información sobre el trabajo de la Comisión Revisora, pues no se llevaron actas oficiales de sus más de trescientas sesiones. Sí existe constancia de algunas notas privadas tomadas por el propio Bello, que actuaba como secretario. De ellas, empero, no queda más que un testimonio indirecto y referido sólo a cuatro artículos del Título preliminar. Constituida por decreto presidencial de 26 de octubre de 1852, dicha comisión comenzó su labor el 24 de junio de 1853 y debió de terminar poco antes de octubre de 1855, dado que ese mes se imprimieron los ejemplares del Proyecto de Código Civil que fueron remitidos el 22 de noviembre al Congreso Nacional para su estudio. Se sabe que ella acometió dos exámenes profundos y completos al Proyecto elaborado por Bello, pero se desconoce la fecha en que concluyó el primero (que daría origen al Proyecto Inédito merced a la posterior edición de Miguel Luis Amunátegui) y comenzó el segundo, que versó tanto sobre la versión revisada como sobre el Proyecto original de 1853. Véase: AMUNÁTEGUI REYES, M., «Introducción», en BELLO LÓPEZ, A., *Obras completas*, XIII, Santiago, Pedro G. Ramírez, 1890, pp. XL-XLIII, y GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador*, cit., I, pp. 369-378.

<sup>142</sup> Es correcto por eso el criterio de la SCS 5 de noviembre de 1861 (*GT* 1861, núm. 1741, pp. 1092-1093), que niega el derecho de los vendedores de 4250 fanegas de trigo para recuperarlas de manos del comprador en concurso, dado que la tradición se perfeccionó por la entrega (artículo 680 CC), sin que importe que el precio no estuviese determinado completamente (artículo 1808 CC).

to de 1841-1845 (artículo 48 del Título XXII), que conduce la recuperación de la cosa por un cauce meramente obligacional (artículo 1873 CC). Para Bello, en suma, la reivindicación no era un curso posible para el vendedor impagado, porque tenía a su disposición los medios de tutelas reconocidos frente a cualquier incumplimiento<sup>143</sup>, y el derecho de separación comportaba un supuesto extremo reservado sólo para las situaciones concursales.

La segunda cuestión que trata el artículo 1874 CC atañe al reenvío que disciplina la forma de hacer efectiva la garantía que la reserva de dominio confiere al vendedor.

Desde el Proyecto de 1841-1845 existía una regla como la que hoy se recoge en el artículo 1874 CC. Si ella se lee de forma inversa, comenzando por la consecuencia que atribuye al pago del precio, queda de manifiesto que ahí se contiene un reconocimiento a la eficacia condicional que tiene el pacto de reserva de dominio sobre la tradición de la cosa vendida. El propósito de la regla era innovar respecto del antiguo Derecho (Part. 3, 28, 47) y otorgar al vendedor los medios de tutela ante el incumplimiento sin importar que el precio no se hubiese pagado efectivamente. La indagación sobre su sentido se debe conducir, entonces, por vía de afirmación y no de negación, porque en ella convergen tres recursos retóricos: litote (negar lo contrario de lo que se quiere afirmar), elipsis (supresión de un elemento que se sobreentiende del contexto) y metonimia (sustitución de un término por otro). Esto significa que cualquier esfuerzo de comprensión se ha de enderezar a determinar cuál es el otro efecto que el artículo 1874 CC excluye de forma refleja («... *no producirá otro efecto que el de...*»), y no a rechazar por completo cualquier eficacia del pacto de reserva de dominio, dado que el propio código le reconoce alguna en la opción del artículo 1873 CC como en la subsistencia de las enajenaciones. El efecto excluido dice relación con la forma de recuperación de la cosa por parte del vendedor, que históricamente se realizaba a través de la acción reivindicatoria, por carecer el vendedor (y también el comprador) de las acciones propias del contrato de compraventa, según ha quedado dicho<sup>144</sup>.

De paso, y aunque de forma tangencial, esta solución engarza con el sistema de garantías reales por el que opta el código, concretamente con la manera de ejercer la facultad de persecución que ellas otorgan al acreedor, que impide la autorrealización del propio derecho (incluso con implicancias penales: artículo 494 núm. 20

<sup>143</sup> Como ya constataba AGUIRRE VARAS, «La resolución de la venta...», cit., pp. 313-330.

<sup>144</sup> Véase la jurisprudencia citada en la nota 62.

CP)<sup>145</sup>. A propósito de la prenda con desplazamiento, el artículo 2397 CC contiene la prohibición de pacto comisorio, y ella se hace aplicable a la hipoteca (artículo 2424 CC) y a «*toda clase de garantías sobre bienes muebles que se entreguen a un acreedor, sea bajo la forma de una venta condicional, de un pacto de retroventa o de otra manera*» (artículo 1.º II DL 776/1925)<sup>146</sup>. Esta prohibición impide que las partes puedan pactar que, por el solo incumplimiento, el acreedor se convierta en dueño de la cosa pignorada, hipotecada o afecta por alguna otra forma de garantía, de suerte que viene obligado a proceder a su venta forzada y obtener el pago de su crédito a través de su producto. En la reserva de dominio esta dificultad no existe, pues el vendedor sigue conservando el dominio de la cosa y únicamente se ha desprendido de la mera tenencia. Sólo cuando el vendedor ha cedido el crédito por el precio impagado pierde la propiedad que detentaba sobre la cosa vendida, puesto que carece de sentido que conserve dicha propiedad cuando la obligación cuyo cumplimiento garantizaba ahora puede ser exigida por otro acreedor (*arg. ex* artículo 1906 CC)<sup>147</sup>.

De ahí que sea preciso que la ley señale el modo en que el acreedor actúa el contenido de su garantía, y que le permitirá recuperar la tenencia de la cosa vendida y cedida en su día al comprador, previa comprobación judicial de la efectividad del incumplimiento. Como la condición supone un hecho positivo para que se repute cumplida (el pago del precio), el mero incumplimiento de la obligación del comprador no basta para considerarla fallida, porque para que ello ocurra hace falta que el hecho sea o se haga imposible (artículo 1480 CC). Tal ocurrirá cuando el vendedor ejerce algunas de las acciones del artículo 1873 CC y fija el destino del contrato. Mientras tanto el comprador seguirá detentando materialmente la cosa, y lo hará teniendo como título el contrato de compraventa con reserva de dominio por el que se condiciona el alcance dominical de la entrega (artículo 714 CC). Se logra así un cierto paralelismo con la prohibición de pacto comisorio existente respecto de las garantías reales, porque se evita que el acreedor se

<sup>145</sup> Véase POBLETE EAST, J. M., *La autotutela: lo lícito y lo ilícito*, tesis de grado, Santiago, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007, pp. 308-321.

<sup>146</sup> El artículo 42 LPSD no menciona el DL 776/1925 entre las normas que deroga, dado que los objetivos de una y otra son distintos: la primera se endereza a unificar el régimen disperso existente para las prendas que no implican desposesión para el constituyente, mientras que el segundo trata en general de la ejecución de garantías reales mobiliarias a través de la autoridad judicial, incluidas las prendas civil y comercial. Sobre la realización de la prenda y la coordinación de ambos textos: GUZMÁN BRITO, *Tratado de la prenda sin desplazamiento...*, cit., pp. 359-391.

<sup>147</sup> CAPRILE BIERMANN, «La reserva de dominio...», cit., p. 40.

dirija contra la cosa sin un control judicial previo<sup>148</sup>. A su vez, se elude reconocer posesión al comprador y permitir que acabe ganando el dominio de la cosa por prescripción antes incluso de que el precio adeudado sea exigible.

Por eso, no era casualidad que el actual artículo 1874 CC formase parte de una norma más amplia hasta el Proyecto de 1853 (artículo 2052). Originalmente ella comprendía tres situaciones hoy diferenciadas: (i) el incumplimiento moratorio del comprador respecto de su obligación de pagar el precio, que autorizaba al vendedor a exigir su pago o resolver el contrato, mientras que imponía al comprador la obligación de pagar intereses desde el día de la entrega, si la cosa era fructífera, o desde el día de la demanda del precio, en caso contrario; (ii) el alcance de la cláusula de resolución *ipso facto* acordada por las partes ante ese incumplimiento, que no restringía el ejercicio de los dos derechos antes mencionados; y (iii) las consecuencias del pacto de reserva de dominio, que igualmente remitía a ellos (artículos 48 del título XXII del Proyecto 1841-1842 y 371 del Proyecto de 1845-1847)<sup>149</sup>. Desde el Proyecto de 1853, la segunda de estas situaciones quedó tratada en un párrafo independiente, como ocurre hoy en el código (libro IV, título XXIII, § 10); y lo propio ocurrió a partir del Proyecto Inédito con la tercera (artículo 2052 a). La obligación del comprador de pagar un interés por el precio impagado desapareció igualmente desde el Proyecto Inédito, pese a

<sup>148</sup> Pese a que el artículo 1489 CC no hace referencia a la intervención judicial, como sí ocurre en los artículos 1184 del *Code Civil* francés ó 1124 del Código Civil español, la explicación usual es que la resolución se produce merced a una sentencia. Véase la exposición usual y su crítica en ALCALDE SILVA, «Algunas consideraciones sobre los presupuestos de la resolución contractual», cit., pp. 295-304.

<sup>149</sup> El origen del pacto comisorio, tanto en el sentido que aquí se entiende como en aquel que constituye una resolución por incumplimiento contractualmente expresada (artículo 1877 CC), es muy similar: ambos se enderezan a obtener una cosa que pertenece al deudor. De hecho, la *lex commissoria* en la prenda desvirtuaba en realidad el carácter de ésta, convirtiéndola en una venta en función de garantía y con pacto de recuperación por el pago de la deuda (*pactum de retroemendo*). De ahí que el emperador Constantino (272-373), con el propósito de evitar que a través de este pacto se encubriera el cobro de intereses ilegales, prohibiese la figura con ese fin (Cod. Theod. 3, 2, 1 = Cod. Iust. 8, 35, 3), como también lo hace hoy el Código Civil (artículo 2397), el DL 776/1925 (artículo 1.º) y la LPSD (artículo 29). Se aceptaba, en cambio, el así llamado «pacto marciano», esto es, el pacto comisorio con restitución del excedente (*superfluum*) sobre el justo precio de la cosa (Dig. 20, 1, 16, 9). De igual manera, la función de un pacto de esta naturaleza en la compraventa era esencialmente de garantía, pues estaba destinado a que el vendedor se asegurase el cobro del precio. La resolución del contrato cumplía así una función instrumental, para permitir la recuperación de la cosa en manos del comprador (véase la nota 48). Con el tiempo se produjo una partición de estos efectos de la *lex commissoria*: mientras el primero se conservó para la reserva de dominio, pero no referido ya a una suspensión de la perfección del contrato por la naturaleza consensual (o excepcionalmente solemne) que se le atribuyó, sino a la tradición subsiguiente (artículo 680 II CC), el segundo pasó al establecimiento del pacto comisorio en la compraventa (artículo 1879 CC), aunque sólo como un relicto, por el reconocimiento de una fórmula general para la facultad resolutoria (artículo 1489 CC), ausente en el derecho romano.

existir una norma equivalente en el *Code Civil* francés (artículo 1652). La razón es que ella suponía preservar el contenido de la *actio venditi* del Derecho romano (Dig. 19, 1, 13, 20), cuya reiteración era innecesaria por existir una regla general sobre los daños moratorios en las obligaciones de dinero en el actual artículo 1559 CC<sup>150</sup>.

La razón de esta unidad estribaba en el origen de la reserva de dominio: ella se endereza a satisfacer una función económica no cubierta por las garantías reales típicas. En una compraventa al contado, la posición de las partes respeta la conmutatividad y asegura el equilibrio de intereses, ya que el vendedor entrega la cosa y el comprador la paga en dinero (artículos 1441 y 1793 CC). Cuando se vende a crédito, en cambio, el vendedor deja de ostentar la cosa, que pasa al comprador, pero no recibe el precio, porque éste se paga de manera fraccionada. El desequilibrio beneficia al comprador, quien dispone de inmediato de la cosa, y perjudica al vendedor, dado que sólo verá el cumplimiento íntegro de la contraprestación cuando se pague la última cuota pactada. Para reequilibrar las posiciones de las partes, cabe acudir a tres mecanismos<sup>151</sup>. El primero es trasladar el riesgo de incumplimiento al comprador mediante un aumento en el precio del bien y el cobro de intereses. El segundo es establecer garantías que aseguren el precio, sobre todo si ellas recaen sobre la misma cosa vendida. El tercero es estipular una cláusula resolutoria de eficacia automática, que permita al vendedor desligarse del contrato y recuperar la cosa entregada. Esos tres mecanismos venían tratados conjuntamente en el artículo 2052 del Proyecto de 1852, y después se independizaron en el sentido ya explicado. Esto no elimina, por cierto, la conexión que existe entre ellos, y que muestra la función de aseguramiento patrimonial que desempeña la reserva de dominio, por el cual se quiere evitar tanto los costes de constitución como el contenido de las garantías típicas.

La cuestión más ardua es, con todo, la forma de realización de la garantía, vale decir, la manera a través de la cual el vendedor recupera la cosa cuyo dominio se ha reservado. La disposición sistemática del artículo 1874 CC da un indicio de que su finalidad es conducir por un cauce puramente obligacional esta ejecución del vendedor: éste actúa la garantía que le confiere la reserva de dominio a través de la pretensión de cumplimiento o la facultad resolutoria previstas alternativamente en el artículo 1873 CC<sup>152</sup>, y no

<sup>150</sup> Correspondiente al artículo 1153 del *Code Civil* francés.

<sup>151</sup> MARÍN LÓPEZ, «Constitución y objeto...», cit., pp. 406-407, menciona los dos primeros.

<sup>152</sup> CAPRILE BIERMANN, «La reserva de dominio...», cit., pp. 42-43, refiere estos remedios como el modo de ejecutar la garantía, sin mencionar el artículo 1874 CC.

merced a la acción reivindicatoria, cuyo supuesto de hecho (artículo 889 CC) no concurre<sup>153</sup>. Por la primera, el acreedor persigue el pago del precio, obtenido el cual la condición se cumple y el dominio de la cosa vendida se radica en el comprador, con el alcance retroactivo mencionado en la segunda parte del artículo 1874 CC; por la segunda, el vendedor ataca la pervivencia del título de esa tenencia y, una vez resuelto el contrato, recupera ésta por medio del efecto restitutorio anejo a este remedio (artículos 1487 y 1875 CC). Esta acción es, empero, personal y se funda en el efecto restitutorio que en ciertos casos lleva consigo la resolución por incumplimiento<sup>154</sup>. La acción reivindicatoria resulta improcedente en razón de que el comprador no es poseedor de la cosa adquirida, porque carece de un ánimo de señor y dueño sobre ella (artículo 700 CC), ni cabe equipararlo a la situación del injusto detentador del artículo 915 CC<sup>155</sup>. Menos se puede decir que sea precarista, porque existe un contrato previo (la compraventa) y el vendedor no ignora ni tolera la tenencia del comprador (artículo 2195 II CC), sino que la quiere y acepta como el medio de garantizar el pago del precio adeudado.

La única excepción ocurre cuando el comprador está incurso en un proceso concursal de liquidación. En ese caso, el vendedor a quien favorece la reserva de dominio queda impedido de ejercer la acción resolutoria respecto de mercaderías que han pasado a manos

<sup>153</sup> Tal era la conclusión de AGUIRRE VARAS, «La resolución de la venta...», cit., pp. 313-330, aunque su argumentación se fundaba tanto en que el vendedor no era dueño (porque la reserva de dominio carecía de eficacia en virtud del artículo 1874 CC) como en que ella no podía ejercerse respecto de ciertos poseedores (aquellos excluidos merced a los artículos 1490 y 1491 CC), de manera que no concurría el supuesto de la acción reivindicatoria (artículos 889, 893 y 895 CC).

<sup>154</sup> Véase ALCALDE SILVA, J., «Bases para una sistematización de los efectos de la resolución por incumplimiento», en VIDAL OLIVARES, Á. *et alii* (eds.), *Estudios de Derecho civil X*, Santiago, ThomsonReuters, 2015, pp. 579-600; BÉCAR LABRAÑANA, E., «Revisión crítica de la retroactividad como factor operativo de la resolución del contrato», *Derecho y Humanidades* 16/2 (2010), pp. 133-152; CONTARDO GONZÁLEZ, J. I., *Indemnización y resolución por incumplimiento*, Santiago, ThomsonReuters, 2015, pp. 138-191; MEJÍAS ALONZO, C., «Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución». *Revista Ius et Praxis* 22/1 (2016), pp. 271-322; PEÑAILILLO ARÉVALO, *Obligaciones*, cit., pp. 451-473, y «Algunas reformas a la resolución por incumplimiento», *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 231-232 (2012), pp. 41-52; PIZARRO WILSON, C., «Contra el efecto retroactivo de la resolución por incumplimiento contractual», en ELORRIAGA DE BONIS, F. (coord.), *Estudios de Derecho civil VII*, Santiago, ThomsonReuters, 2012, pp. 449-460.

<sup>155</sup> La fórmula utilizada por el artículo 915 CC, según la cual «[l]as reglas de este título [sobre la reivindicación] se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de dueño», ha dado pie a una controversia sobre la calificación de esta acción. Véase una síntesis de la discusión en TAPIA RODRÍGUEZ, M., «Reivindicación contra el injusto detentador. El controvertido y enigmático artículo 915 del Código Civil», en BARRÍA PAREDES, M. *et alii* (eds.), *Estudios de Derecho privado. Homenaje al Profesor Ramón Domínguez Águila*, Santiago, ThomsonReuters, 2015, pp. 406-422.

del deudor comprador (artículo 154 LRLAEP), aunque sí está legitimado para intentar un derecho de separación concursal y por esa vía apartar la cosa vendida de la masa activa sujeta a liquidación (artículo 152 LRLAEP)<sup>156</sup>. Este derecho no es una acción reivindicatoria en el sentido técnico del término, aunque la ley así la denomine, porque no se ejerce por el dueño de una cosa singular de que no está en posesión contra el poseedor de ella para que sea condenado a restituírsela (artículo 889 CC)<sup>157</sup>. Según el artículo 152 LRLAEP, su ejercicio corresponde a quien ha cedido al deudor mercaderías por un título no traslativo de dominio (por ejemplo, comisión de venta o depósito), para separar éstas de la masa concursal y evitar que sean realizadas en la medida que puedan ser identificadas. Se trata, pues, de un supuesto excepcional por el que se concede protección a quien ha conferido al deudor la tenencia de cosas fungibles para que pueda recuperarlas sin esperar el resultado de la liquidación, pese a que aquél carece de una acción de esa naturaleza (artículo 890 CC). Ahora bien, dado que los artículos 151 y 152 LRLAEP se ocupan de casos excepcionales (efectos de comercio y mercaderías), es dable pensar que la referencia del artículo 150 LRLAEP sobre «*las acciones reivindicatorias que procedan, en conformidad a las reglas generales*» alude tanto al artículo 889 CC como al supuesto genérico del artículo 2466 CC, donde se prevé que sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de aquellos que sobre ellas competan al deudor<sup>158</sup>. Vale decir, el vendedor puede recuperar la cosa vendida merced al ejercicio de esta peculiar forma de «reivindicación» según lo establecido en el artículo 152 LRLAEP, porque el artículo 1874 CC no recibe aplicación en el ámbito concursal respecto de los bienes muebles que han llegado

<sup>156</sup> CAPRILE BIERMANN, «La reserva de dominio...», cit., pp. 44-45.

<sup>157</sup> La terminología es ajena al Código Civil (1855) y procede del Código de Comercio (1865). Sus artículos 1509 y 1510 contenían el mismo texto que los actuales artículos 151 y 152 LRLAEP, permitiendo una suerte de «reivindicación concursal» en los casos ahí señalados. La única diferencia era que el artículo 1511 CCom excluía la procedencia de la reivindicación fuera de los dos casos señalados previamente (hoy recogidos en los artículos 151 y 152 LRLAEP), mientras que el artículo 150 LRLAEP admite ahora el ejercicio de las acciones reivindicatorias que sean procedentes según las reglas generales de Derecho. La más adecuada denominación de «acciones de separación de bienes» es utilizada por PUELMA ACCORSI, Á., *Curso de Derecho de quiebras*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3.ª ed., 1983, núm. 212, p. 154.

<sup>158</sup> PUGA VIAL, J. E., *Derecho concursal. El procedimiento concursal de liquidación. Ley n.º 20.720*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4.ª ed., 2014, pp. 502-503, interpreta la referencia a «las reglas generales» del artículo 150 LRLAEP como un reenvío procesal, de suerte que la tramitación de las acciones reivindicatorias en el procedimiento de liquidación debe hacerse a través de un juicio de lato conocimiento (artículo 3.º CPC), como sostiene parte de la doctrina, o bien sirviéndose del procedimiento sumario (artículo 680 CPC), conclusión que cree más acertada.

a poder del comprador (artículo 154 LRLAEP)<sup>159</sup>. Fuera de ese ámbito, tiene cabida la acción general de separación del artículo 2466 CC en virtud de la remisión del artículo 150 LRLAEP, que no distingue entre cosas muebles o inmuebles.

Cuestión aparte es el régimen a seguir cuando la cosa ha pasado a poder de terceros. Como consecuencia de la resolución, el vendedor puede ejercer la acción reivindicatoria para recuperar la posesión de la cosa vendida que ha pasado a terceros, salvo que se trate de aquellos bienes fungibles mencionados en el artículo 890 II CC (artículo 575 III CC), según las reglas de los artículos 1490 y 1491 CC (artículo 1876 CC). Incluso está legitimado para dirigirse contra el comprador que enajenó la cosa a sabiendas de que era ajena a fin de que le indemnice no sólo el valor de la cosa, sino cualquier otro perjuicio que haya sufrido (artículo 898 CC)<sup>160</sup>. La razón es que, mientras el comprador no es poseedor porque reconoce dominio ajeno en virtud de la reserva en que consintió (artículo 714 CC), los terceros sí lo son merced a la regla con que el artículo 730 CC protege la circulación de los bienes si existe buena fe. La única excepción es aquella prevista en el artículo 152 II LRLAEP, referida a las mercaderías entregadas al deudor y que han sido vendidas por éste, donde se permite que el propietario reivindique el precio o la parte del precio que no hubiere sido pagado o compensado entre el deudor y el comprador a la fecha de la resolución que da inicio al procedimiento concursal de liquidación<sup>161</sup>. En términos similares, el artículo 157 LRLAEP impide que el vendedor no pagado deje sin efecto la tradición, recupere la posesión y resuelva el contrato de compraventa si las mercaderías en tránsito han sido vendidas a un tercero de buena fe. En tal caso, y siempre que el nuevo comprador no hubiere pagado el precio antes de la resolución de liquidación, el vendedor primitivo puede demandar su entrega hasta la concurrencia de la cantidad que se le deba.

<sup>159</sup> El artículo 148 CCom entiende existir tradición efectiva de las mercaderías cuando ellas son enviadas por el vendedor al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido. De ahí que el artículo 156 LRLAEP permita al vendedor no pagado dejar sin efecto la tradición, recuperar la posesión y pedir la resolución de la venta mientras las mercaderías vendidas y remitidas al deudor están en tránsito, vale decir, desde que ellas son recibidas por los agentes encargados de su conducción y hasta que queden en poder del deudor o de la persona que lo represente (artículo 155 LRLAEP).

<sup>160</sup> Una solución distinta, pensada para proteger a terceros, es la que propone el *Code Civil* francés tras la reforma de 2006. Ahí se establece que el derecho del vendedor se ejerce igualmente respecto del crédito del comprador contra el subadquirente y sobre la indemnización pagada por una compañía de seguros (artículo 2372).

<sup>161</sup> Para PUGA VIAL, *Derecho concursal*, cit., p. 501, la regla del artículo 152 II LRLAEP no es más que una aplicación del artículo 898 CC.

De esta forma, cuando la reserva de dominio conduce a la recuperación de la cosa respecto de terceros, ella constituye un cumplimiento en equivalente de la obligación incumplida del comprador, de lo que se sigue que dicha obligación se extingue igual que ocurriría si el ejercicio de la garantía, dirigido directamente contra aquél, se hubiese operado según alguno de los medios de tutela del artículo 1873 CC (pretensión de cumplimiento o facultad resolutoria).

### 3. RECAPITULACIÓN: LAS POSICIONES JURÍDICAS DE CADA PARTE Y DE TERCEROS EN LA RESERVA DE DOMINIO

Queda por referir, a modo de síntesis, la posición jurídica de cada uno de los contratantes y de los eventuales terceros en una compraventa con reserva de dominio. Ya ha quedado dicho que el comprador no pasa a ser dueño por la entrega, porque ahí reside precisamente la eficacia del pacto (artículo 680 II CC), y sólo se convierte en mero tenedor (artículo 714 CC). Claro está que esta categoría no proporciona un contenido determinado respecto de su posición, porque la tenencia sólo se define como la detentación de una cosa con reconocimiento del derecho ajeno, con mayores o menores prerrogativas para el mero tenedor según se desprenda de la naturaleza del título. Esto se explica porque ella se ejerce «*en lugar o a nombre del dueño*» (artículo 714 CC), de manera que es con referencia a las facultades propias del derecho de propiedad (uso, goce y disposición) que se debe determinar la posición del vendedor y del comprador cuando se ha estipulado entre ellos una reserva de dominio.

Dada la función de garantía que el pacto desempeña, lo razonable es que el uso y goce de la cosa vendida correspondan plenamente al comprador desde la entrega, conservando el vendedor sólo la facultad de disposición como medio de resguardo de que el precio será pagado en la oportunidad convenida (artículo 1872 CC). Sin embargo, su capacidad dispositiva también se ve afectada por el pacto de reserva de dominio, dado que no puede enajenar la cosa vendida sin consecuencias. Su dominio sobre ella se transforma así en un derecho relativo y limitado, incluso si no se ha acordado una cláusula de no enajenar como medida de resguardo adicional, como viene señalado de forma expresa para las aeronaves en el artículo 39 del Código Aeronáutico. Si el vendedor incumpliese la prohibición de disponer ínsita a la reserva incurriría en el supuesto de doble venta del artículo 1817 CC, que resuelve el conflicto de titularidades a favor del «*comprador que haya entrado en*

*posesión*»<sup>162</sup>. En cambio, el vendedor no soporta los riesgos, porque ellos corresponden desde la entrega al comprador (artículos 1550 y 1820 CC). El pacto de reserva de dominio no tiene por efecto que «*se venda bajo condición suspensiva*» (artículo 1820 CC), ya que no condiciona la perfección de la compraventa, sino que incide sobre el alcance traslativo de la entrega que efectúa el vendedor en cumplimiento de la obligación que le corresponde por contrato (artículo 1824 CC). La compraventa, por tanto, se reputa perfecta y se cumple de acuerdo a lo previsto por las partes: la entrega tiene lugar de inmediato (artículo 1826 CC) y el precio se paga, en su totalidad o por parcialidades, en la fecha acordada (artículo 1872 CC), correspondiendo al comprador los frutos y productos que genere desde entonces la cosa vendida (artículos 646, 685, 1816 II, 1829 y 1830 CC)<sup>163</sup>. El vendedor permanece como acreedor al precio, y podrá beneficiarse del vencimiento anticipado de la deuda si corresponde o se ha pactado. En caso de incumplimiento, podrá o reclamar forzosamente el pago del precio (enterado el cual se consuma la transferencia de dominio para el comprador) o bien resolver el contrato para recuperar la cosa (artículo 1874 CC), de manera que la facultad de persecución sobre esta última es sólo mediata y previa resolución del título de detentación.

Adicionalmente, si el comprador se encuentra incurso en un procedimiento concursal de liquidación, el vendedor está legitimado para recuperar la cosa mediante la acción de separación reconocida en los artículos 2466 CC y 150 y 152 LRLAEP. En su calidad de dueño, y sin que importe a este efecto la limitación de su derecho antes referida, el vendedor podrá ejercer además la acción reivindicatoria (artículos 889 y 893 CC) y las eventuales acciones posesorias que correspondan (artículo 918 CC). Distinta es la situación del procedimiento concursal de liquidación que se abre respecto del vendedor, pues en tal caso el comprador no puede exigir la tradición de la cosa reservada y que obra en su poder aunque pague el precio, por efecto del desasimiento que tiene la resolución de liquidación (artículo 130 LRLAEP) y la consiguiente fijación irrevocable de los derechos de todos los acreedores en el estado que tenían al día de su pronunciamiento (artículo 134 LRLAEP)<sup>164</sup>.

<sup>162</sup> Existe posesión no sólo cuando «*el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí*», sino también cuando hay «*otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él*» (artículo 700 CC).

<sup>163</sup> La deuda del precio puede quedar consignada en un registro de datos personales y sólo se eliminará cuando ella haya sido totalmente pagada [artículo 2.º, letra d), de la Ley 19.628].

<sup>164</sup> Así lo afirmaba PUELMA ACCORSI, *Curso de Derecho de quiebras*, cit., núm. 137, pp. 91-92, respecto de la Ley 18.175.

Mientras dure la reserva, por su parte, el comprador es un mero tenedor de la cosa vendida (artículo 714 CC) y permanece obligado al pago del precio en la época y forma convenida (artículos 1593 y 1872 CC). Hace suyos, empero, los frutos que ella produce (artículos 1488 y 1816 II CC) como contrapartida del riesgo de pérdida que asume (artículo 1820 CC)<sup>165</sup>. El saldo de precio se rige parcialmente por la disciplina de las operaciones de crédito de dinero (artículo 26), de manera que le son aplicables las reglas sobre intereses (artículo 2.º), tasa máxima convencional (artículo 8.º) y pagos anticipados (artículo 10) de la Ley 18.010. Según ha quedado dicho, el comprador puede usar y gozar de la cosa con el solo límite de que el ejercicio de esas facultades no debe comportar una extinción de la cosa o una disminución considerable de su valor, porque en tal caso opera la exigibilidad inmediata de la deuda por caducidad del plazo (artículo 1496 núm. 2.º CC). Lo mismo cabe decir si se ha dictado sentencia de liquidación respecto del comprador (artículos 1496 núm. 1.º y 136 LRLAEP). Cuando ello acaece, el vendedor puede instar por el pago del precio verificando su crédito en el procedimiento concursal (artículos 170 y 179 LRLAEP) o bien recuperar directamente la cosa merced al ejercicio de la acción de separación antes mencionada (artículos 2466 CC y 150 y 152 LRLAEP). Tratándose de bienes inmuebles, el vendedor puede también resolver la compraventa (artículo 154 LRLAEP)<sup>166</sup>. Cuando el precio es finalmente pagado, sin importar que ese pago sea voluntario o forzado, opera la

<sup>165</sup> Bien cabe sostener, por tanto, que al vendedor corresponde una suerte de dominio eminente y al comprador una suerte de dominio útil sobre la cosa vendida, por las facultades que corresponden a cada uno. Una disociación semejante existe respecto de los valores custodiados en el Depósito Central de Valores, donde la titularidad dominical de aquellos se disocia entre el depositante y la empresa (artículo 5.º de la Ley 18.876). Véase CABALLERO GERMAIN, G., «La propiedad sobre los valores custodiados en el Depósito Central de Valores», en DOMÍNGUEZ HIDALGO, C. *et alii* (eds.), *Estudios de Derecho civil VIII*, Santiago, LegalPublishing/AbeledoPerrot, 2013, pp. 27-36.

<sup>166</sup> Dada la similitud existente, incluso con respaldo histórico (véase *supra*, V), la reserva de dominio podría ser tratada frente a un procedimiento concursal de liquidación como un *leasing* o arrendamiento con opción de compra, quedando en manos de la junta constitutiva la decisión de perseverar en el contrato, desistirse de él o adelantar la efectiva transferencia de dominio, si se ha pactado en el contrato (artículo 225 LRLAEP). Esta posibilidad puede ser discutida a la luz de la historia fidedigna de la LRLAEP, que pretendía resolver un problema antiguo relacionado con el contrato de *leasing*: ahí el acreedor conservaba la propiedad sobre la cosa y podía verificar su crédito en la quiebra (cfr. CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 20.720*, Valparaíso, Biblioteca del Congreso Nacional, 2013, pp. 545, 827-289 y 2159-2160, y CONTADOR ROSALES, N./PALACIOS VERGARA, C., *Procedimientos concursales*, Santiago, ThomsonReuters, 2015, pp. 206-210). Sin embargo, la razón de la reducción a este solo contrato tiene que ver con la nula utilización de la reserva de dominio por la preeminencia dada al artículo 1874 CC y no por consideraciones de fondo. De hecho, el problema que la LRLAEP pretendía solucionar también comparece con ocasión de una reserva de dominio.

retroacción prevista en el artículo 1874 CC y se reputa que el comprador ha sido dueño de la cosa desde la entrega. Como contrapartida, cualquier enajenación anterior se considera sobre cosa ajena (artículos 682 y 1815 CC), porque el comprador carece de capacidad dispositiva mientras no pague el precio en su integridad (artículos 670, 680 II y 682 CC). En el caso de las aeronaves, el comprador tiene expresamente prohibido tanto transferir como hipotecar mientras no conste en el registro el pago del precio (artículo 39 II del Código Aeronáutico).

Respecto de una reserva de dominio, en fin, los terceros que tienen relevancia son los nuevos adquirentes de la cosa vendida y los acreedores que ejercen sus derechos sobre ella. Los primeros quedarán protegidos en la medida que obren de buena fe, pudiendo el vendedor cuando no la hay recuperar la cosa a través de una acción reivindicatoria (artículos 730, 1490, 1491 y 1876 CC). Para este efecto, y cuando corresponda, el pacto de reserva deberá constar registralmente (artículo 53 núm. 1.º RRCBR). Los segundos tiene una posición postergada respecto del vendedor, quien podrá ejercer una tercería de dominio o de posesión para impedir que la cosa sea realizada a su favor (artículo 518 CPC). Dicha reclamación no tiene, con todo, el efecto de suspender el procedimiento ejecutivo (artículo 522 CPC) más que cuando el dominio alegado consta en un instrumento público otorgado con anterioridad a la presentación de la demanda ejecutiva (artículo 523 I CPC), por lo que el remate se llevará a cabo igualmente (artículo 523 II CPC)<sup>167</sup>. Algo similar ocurre tratándose de un proceso concursal de liquidación, donde se permite que el vendedor separe la cosa vendida de la masa activa con que serán pagados el resto de los acreedores del comprador (artículos 2466 CC y 150 y 152 LRLAEP).

---

<sup>167</sup> El artículo 151 II LRLAEP señala que las tercerías de dominio que estuviesen iniciadas a la fecha de dictación de la resolución de liquidación se continuarán tramitando conforme al procedimiento que les corresponda (artículo 521 CPC). Nada dice la LRLAEP respecto de las tercerías que se interpongan con posterioridad a la resolución de liquidación. La opinión mayoritaria, empero, al menos bajo la vigencia de la Ley 18.175 sobre quiebras (cuyo artículo 85 II tenía idéntico tenor al actual artículo 150 II LRLAEP), era aceptar la procedencia de dichas tercerías en el juicio de quiebras (ahora procedimiento de liquidación) y darles tramitación incidental, conclusión que hoy no concuerda con el artículo 5.º LRLAEP, según el cual sólo podrán promoverse incidentes en aquellas materias en que la ley expresamente lo permita. Véase, por ejemplo, CONTRERAS STRAUCH, O., *Insolvencia y quiebras*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 212; PUELMA ACCORSI, *Curso de Derecho de quiebras*, cit., núm. 221, p. 158; PUGA VIAL, J. E., *Derecho concursal. El juicio de quiebras*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3.ª ed., 2004, II, pp. 541-542 (criterio que se mantiene en *Derecho concursal*, cit., pp. 507-509); SANDOVAL LÓPEZ, R., *Manual de Derecho comercial*, IV, Editorial Jurídica de Chile, 5.ª ed., 2004, núm. 180, p. 249 (opinión que desaparece, en cambio, en *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014, núm. 177, pp. 279-280).

## VI. CONCLUSIONES

Una lectura histórica y sistemática de los artículos 680 II y 1874 CC permite concluir que la reserva de dominio es un pacto que tiene cabida en el régimen normal del contrato de compraventa, ámbito donde cumple una especial utilidad como garantía del vendedor impagado. El artículo 13 CC no sirve para dar primacía a una de estas normas por sobre la otra, porque en él no se contiene una regla hermenéutica basada en un criterio de especialidad, sino de particularidad. Los dos artículos que forman la pretendida antinomia desempeñan una función dogmática concreta en el sistema del Código Civil, sin que uno de ellos pueda ser preferido al otro por su ubicación. Por el contrario, ambos atañen al mismo género, pero la situación que aborda cada uno de ellos ayuda a delimitar el sentido que hay detrás de un tenor literal formalmente contradictorio (al menos por la construcción retórica del artículo 1874 CC), pero siempre referido al contrato de compraventa, ya que sólo en él existe precio, vendedor, comprador y cosa vendida. El problema es, entonces, de concurrencia normativa acumulativa y no excluyente, porque la antinomia no es real sino aparente.

De esta manera, el artículo 680 II CC es una regla relacionada con la eficacia dominical de la entrega de una cosa en virtud de un título traslativo de dominio como es la compraventa. Su objetivo es impedir que se siga tal efecto cuando las partes han querido introducir una condición suspensiva en el título con el objeto de diferir su ocurrencia, el que de otro modo sobrevendría por naturaleza (artículos 675, 703 III y 1444 CC). Dicha norma es también una regla que integra el régimen de la compraventa, porque el artículo 1824 II CC remite expresamente al título VI del libro II para disciplinar el contenido de la obligación de entregar la cosa vendida que incumbe al vendedor. Por su parte, el artículo 1874 CC aborda el problema que surge cuando el comprador está en mora de pagar el precio y existe una cláusula que reserva el dominio al vendedor hasta que ello ocurra. Ese incumplimiento no altera el sistema general de medios de tutela previsto contra el incumplimiento de un contrato bilateral (artículo 1489 CC), y da al vendedor el derecho de exigir forzosamente el pago o resolver el contrato (artículo 1873 CC). Pero de ahí no se sigue que el pacto de reserva de dominio no sea eficaz; antes bien, lo es pero con un alcance meramente personal. En otras palabras, el artículo 1874 CC no quiere privar de eficacia a esta cláusula, sino reforzar el carácter obligacional de la compraventa y la distinción entre título y modo como base del sistema de transferencia de propiedad. De paso, se excluye que la recuperación de la cosa

tras el incumplimiento del comprador opere mediante el ejercicio de una acción reivindicatoria. Esta última posee en el código un sentido técnico preciso (artículo 889 CC), cuya extensión a situaciones diversas ha suscitado algunos problemas de interpretación (como sucede con el artículo 915 CC o con el propio concepto de posesión a propósito de los bienes raíces inscritos), el que lleva a excluir que ella sea el medio idóneo para recuperar la tenencia respecto de quien reconoce dominio ajeno en virtud de un título que accidentalmente tiene esa virtud. Esto explica la redacción del actual artículo 2466 CC, ya presente en las Leyes de prelación de créditos de 1845 y 1854, cuyo alcance queda limitado a los procedimientos concursales.

Sin embargo, la difusión de la reserva de dominio en la práctica forense encontrará siempre el obstáculo proveniente de la aparente antinomia que se desprende de los textos que hacen mención a ella y que viene validada por la doctrina mayoritaria desde el giro de lectura ocurrido al despuntar el siglo xx. De ahí que sea conveniente, no por razones de coherencia dogmática (como se espera haber demostrado con este trabajo) aunque sí por certeza jurídica, una reforma legal que establezca la validez y eficacia del pacto de reserva de dominio, sin las dudas de coordinación que hoy suscitan los artículos 680 II y 1874 CC. Así ocurrió, por ejemplo, en el Derecho francés con la reforma introducida en el *Code Civil* por la Ordenanza 346/2006. En ella se codificó la reserva de dominio como garantía real (artículos 2329 núm. 4.º y 2367-2373), reconociendo de esa manera un uso que nadie discutía con anterioridad aun sin existencia de un texto expreso en el *Code Civil* (aunque previamente reconocida en la Ley 335/1980) y pese al efecto real de alcance inmediato que se sigue de los contratos traslativos (artículos 711, 938, 1138 y 1583 del *Code Civil*). Algo parecido ocurrió en Chile con el Código Aeronáutico (y ya antes con el DL 1286/1975), que admitió la inmatriculación en el país de aeronaves extranjeras vendidas bajo reserva de dominio (artículo 39). Quizá la reforma del régimen de la prenda sin desplazamiento que ha comenzado a estudiar el actual gobierno pueda servir de ocasión para una reforma más profunda y sistemática de las garantías mobiliarias en el Derecho chileno, disipando las dudas en torno a la reserva de dominio. Incluso puede ser ocasión de preguntarse por la existencia de un Derecho común para las garantías reales que ayude a solucionar los problemas hermenéuticos que surjan en torno a ellas.

# Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida *post mortem* en la actualidad

**PATRICIA ESCRIBANO TORTAJADA**

Profesora de Derecho civil  
Universitat Jaume I de Castellón

## RESUMEN

*Los profundos cambios producidos en los últimos años en Derecho de Familia han tenido, como no podía ser de otro modo, su reflejo en la filiación. Hoy en día, se ha superado la idea de que sólo pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida, en nuestro país, las parejas que tienen problemas para concebir hijos, ya que pueden recurrir a las mismas mujeres solteras. Incluso nuestro ordenamiento jurídico posibilita a la viuda concebir un hijo, con el material reproductor de su marido o pareja de hecho fallecida, siempre y cuando se den los requisitos que marca el artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, si en vida del difunto había nacido la idea de un proyecto parental, que se ha visto truncado por su fallecimiento. El objetivo de este trabajo es analizar precisamente este precepto, señalando el estado de la cuestión de la materia y poniendo de relieve cuáles son los interrogantes que todavía plantea.*

## PALABRAS CLAVE

*Filiación, técnicas de reproducción asistida, reproducción asistida post mortem, consentimiento.*

## ABSTRACT

*The profound changes undergone by Family Law during the past years have naturally had their impact on filiation. The idea that only couples with difficulties to conceive have access to assisted reproduction technologies in Spain has been overcome as of today, since single women can also resort to it. In our legal system it is even possible for a widow to conceive a child with the reproductive material of her dead husband or cohabitant, whenever the conditions of Article 9 of Act No 14/2006, of 26 May, on*

*assisted human reproduction technologies, are fulfilled, where the idea of a parental project was born while the deceased was still alive but was truncated by his death. The present study aims at analyzing the mentioned provision, showing the state of play at the moment and highlighting the questions it still raises.*

## KEY WORDS

*Filiation, Assisted reproductive technologies, Posthumous reproduction, consent.*

**SUMARIO:** 1. *Cuestiones previas.*—2. *¿Existe un derecho a procrear?*—3. *Concepto, requisitos y ámbito de aplicación de la reproducción asistida post mortem.* 3.1 *Concepto.* 3.2 *Los requisitos.* 3.3 *Ámbito de aplicación.*—4. *Los requisitos de capacidad de los sujetos intervinientes.*—5. *El consentimiento en la reproducción asistida post mortem.* 5.1 *El consentimiento del marido o de la pareja: cuestiones generales.* 5.2 *La forma del consentimiento.* 5.3 *La revocación del consentimiento.* 5.4 *Los efectos derivados de la falta de consentimiento.*—6. *Efectos derivados de la reproducción asistida post mortem.*—7. *La reproducción asistida post mortem en el Código Civil catalán.*—8. *Conclusiones.*—9. *Bibliografía.*—10. *Relación de jurisprudencia citada.*

## 1. CUESTIONES PREVIAS

En la actualidad, no podemos poner en duda que se ha producido una profunda transformación en la familia. Hoy en día se ha superado la concepción de modelo familiar basado en la unión matrimonial entre un hombre y una mujer, que tienen descendencia de forma natural. Los distintos cambios en la sociedad, como el acceso de las mujeres al mundo laboral, lo que propicia que retrasen el momento de ser madres y tengan una mayor independencia económica; el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, entre otros factores, han hecho que surjan nuevos modelos familiares que nada tienen que ver con la concepción tradicional de familia. En este sentido, nos podemos encontrar matrimonios entre personas del mismo o de distinto sexo, con o sin hijos; parejas de hecho entre personas de distinto o del mismo sexo, con descendencia o sin ella; o familias monoparentales o monomarentales<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> El concepto de familia monomarental es un término acuñado por algunos autores para hacer referencia a las familias que están encabezadas por mujeres. En este sentido

Otro hecho que, en cierto modo, ha tenido repercusión en el cambio de paradigma familiar, es el avance de la ciencia aplicada al ámbito médico, y más concretamente en el campo de la medicina reproductiva. Gracias a las técnicas de reproducción asistida, muchas parejas con problemas de esterilidad o infertilidad van a poder ver satisfechos sus deseos de ser padres, sin necesidad de la reproducción natural<sup>2</sup>. Además, es una forma alternativa a la adopción, que debido a los costes burocráticos, económicos y dilatorios en el tiempo, hace que determinadas parejas recurran a la vía médica. Las técnicas de reproducción asistida también posibilitan que muchas mujeres que no tienen pareja, sin necesidad de tener ninguna patología o disfuncionalidad, puedan ser madres recurriendo a los donantes anónimos de semen.

No obstante, sigue existiendo una cierta reticencia en distintos ámbitos de la sociedad, por el uso que puede hacerse de la tecnología reproductiva. Los límites entre la ciencia y la ética son, en ocasiones, muy difusos. Cuestiones tales como la investigación con preembriones, la posibilidad de la clonación con fines reproductivos, o el poder elegir el sexo del bebé, así como el color de sus ojos o de su pelo, plantean muchos interrogantes y dilemas morales, de muy difícil respuesta. Además, no nos podemos olvidar que ésta es una materia que está imbuida por condicionamientos políticos, sociales y religiosos.

Por ese motivo, es necesario que exista una reglamentación sobre las técnicas de reproducción asistida, que dé respuesta a las necesidades de la sociedad. La Ciencia avanza de forma vertiginosa, y el Derecho tiene que intentar regular de la forma más oportuna posible, la presencia de la misma en nuestras vidas.

España ha sido uno de esos países que ha sido consciente de la necesidad de una regulación concreta de la tecnología reproductiva y sus implicaciones en el ámbito jurídico. En este sentido, nuestro

---

puede verse RUIZ SEISDEDOS, S., MARTÍN CANO, M. C., «Nuevas formas de familia, viejas políticas familiares. Las familias monomarentales», *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, vol. 33, p. 163.

<sup>2</sup> Esterilidad e infertilidad son dos conceptos distintos. La primera se ha de definido como «la incapacidad de una pareja para conseguir una gestación tras 1 año de relaciones sexuales con frecuencia normal y sin medidas contraceptivas». Mientras que en el segundo caso tradicionalmente se entendía como «la incapacidad de generar gestaciones capaces de evolucionar hasta la viabilidad fetal», pero hoy en día dentro de la misma se incluye el aborto de repetición, la muerte fetal intrauterina o el parto prematuro. GONZÁLEZ-MERLO, J., GÓNZALEZ BOSQUET, E., GÓNZALEZ BOSQUET, J., *Ginecología*, Elsevier Masson, Barcelona, 9.ª edición, 2014, p. 119. Sin embargo, el término para poder considerar la esterilidad no es unánime, porque otros organismos consideran que el plazo es de dos años. En este sentido, puede verse FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 26.

país, en el ámbito europeo y por detrás de Suecia (en 1984), fue pionero en la regulación de las técnicas de reproducción asistida (en adelante TRA), con la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE núm. 282 de 24 de noviembre de 1988)<sup>3</sup>. La norma actual, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE núm. 126 de 27 de mayo), que deroga la ley de 1988, puede tener sus defectos como todas las normas, pero podemos decir que es una de las leyes más liberales en la materia, en el marco del Derecho europeo. En este sentido, ha intentado mantener el equilibrio entre ciencia, ética y moral<sup>4</sup>.

El objetivo de este trabajo es analizar una cuestión concreta de ley española: el artículo 9 que contempla la posibilidad de que la mujer pueda utilizar el material genético de su pareja fallecida para tener hijos, y obviamente, esto sólo podrá realizarse recurriendo a estas técnicas. Es la denominada fecundación *post mortem*, repro-

---

<sup>3</sup> COBACHO GÓMEZ, J. A., «Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley», *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, J. A. Cobacho Gómez (Director), J. J. Iniesta Delgado (Coordinador), Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 24.

<sup>4</sup> La LTRA de 1988 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por sesenta y tres parlamentarios del grupo popular. Los tres argumentos que esgrimían los recurrentes se centraban en los siguientes:

a) Constituían un ataque directo a la esencia de la institución de la familia: la ley alteraba el concepto de la misma y de los derechos de los hijos.

b) Se atentaba contra el artículo 15 de nuestra Carta Magna porque no se establecía el estatuto jurídico del embrión, al considerar que no existía vida humana hasta el decimo-cuarto día posterior a la fecundación distinguiendo entre embriones y preembriones.

c) Se infringía el artículo 81.1 CE porque a pesar que la ley afectaba a derechos fundamentales como el artículo 15 CE o el 10 CE, regulaba materias que debían estar protegidas penalmente y, porque privaba de ciertos derechos de carácter paterno filial, regulándose por ley ordinaria y no orgánica. El TC es claro al señalar que la ley recurrida no vulnera la reserva de ley orgánica, porque no desarrolla el derecho a la vida, ya que en la misma «se regulan técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano» (FJ 4.º). Por otro lado, vuelve a recordar que «los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución, lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional» (FJ 5.º). Así por lo que respecta a la investigación y la experimentación de gametos y preembriones recuerda que la ley contiene determinadas prohibiciones al respecto, y el requisito que debe exigirse para poder llevarse a cabo es que sean preembriones no viables. Tal y como manifiesta el TC «es evidente que la Ley en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención» (FJ 9.º). Por último, por lo que respecta al concepto de familia que entienden los recurrentes el TC señala que el concepto de familia es mucho más amplio de lo que consideran los mismos, ya que la que protege la Constitución Española no es exclusivamente la fundada en el matrimonio, ni existe una correspondencia entre las relaciones paterno-filiales reconocidas jurídicamente y las derivadas de la procreación de forma natural. Puede verse un análisis de la sentencia en CÁMARA ÁGUILA, P., «Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)», *DPC*, n.º 13, 1999, pp. 117 y ss.

ducción artificial o asistida *post mortem* o fecundación artificial *post mortem*<sup>5</sup>.

Antes de entrar a analizar el precepto, no obstante, considero interesante realizar una breve referencia a diferentes conceptos relacionados con las TRA. Dentro de éstas se incluyen: la inseminación artificial (en adelante IA); la fecundación in vitro (FIV), la microinyección espermática (ICSI)<sup>6</sup> y la transferencia intratubárica de gametos (TIG). La IA puede realizarse con el semen de la propia pareja (IAC) u homóloga o bien con semen de un donante (IAD) o heteróloga. Hemos de partir de la base que actualmente se ha superado la concepción relativa a que las mismas únicamente pueden ser utilizadas para el caso de esterilidad de uno de los miembros de la pareja, tal y como se desprende del artículo 1 LTRHA. Hoy en día, ya no sólo parejas heterosexuales recurren a ellas, en caso de tener problemas para poder ser padres, sino que muchas mujeres o parejas de mujeres, se decantan por esta opción, para satisfacer su deseo de ser madres.

La técnica más sencilla de todas, cuyos antecedentes se remontan al siglo XVIII, es la IA. Es indolora y no se utiliza anestesia, ya que consiste en introducir espermatozoides en el tracto reproductor femenino de manera artificial, con la finalidad de conseguir la gestación. El ciclo de inseminación artificial consta de tres fases: *a)* estimulación del desarrollo folicular para conseguir un número adecuado de folículos y la sincronización con la ovulación. *b)* La selección seminal para obtener una mayor cantidad y calidad de espermatozoides. *c)* Depósito de los mismos en el espacio uterino<sup>7</sup>.

Por lo que respecta a la FIV se consigue en una placa de cultivo en un laboratorio, cuando el óvulo y el espermatozoide no pueden unirse de forma natural. Es necesario la existencia de tres requisitos: *a)* la muestra de semen; *b)* los óvulos de una mujer obtenidos en un centro sanitario autorizado para tal efecto; *c)* que se pongan en contacto los mismos en la placa de cultivo, con la finalidad de que se produzca la fecundación<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> En este trabajo vamos a utilizar la denominación «reproducción asistida *post mortem*».

<sup>6</sup> Siglas de su denominación en inglés *Intra Cytoplasmic Sperm Injection*.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ UTOR, A. L., «Comentario científico al artículo 2», *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, F. Lledó Yagüe, C. Ochoa Marieta (Directores), O. Monje Balmaseda, (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, p. 42.

<sup>8</sup> PALACIOS, M., *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación «in vitro» y la Inseminación Artificial Humanas*, Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987, p. 30. En adelante, denominaremos a este texto «Informe Palacios».

La ICSI es una técnica considerada como una variante de la FIV, pero de una mayor complejidad, ya que se introduce un espermatozoide en el interior de cada ovocito mediante una inyección microscópica<sup>9</sup>. Alkorta Idiakez explica cómo esta técnica nació o se inventó por error, ya que un biólogo que estaba manipulando los gametos de una pareja, inyectó el espermatozoide en el interior del óvulo, cuando lo que pretendía era que penetrara en la capa externa de éste. Se produjo la fecundación, su implantación y posteriormente el embarazo y el nacimiento<sup>10</sup>.

Existen otras variantes, pero no es necesario extenderse mucho más en el tema. No obstante, es necesario realizar una breve referencia a la crioconservación del material reproductor y de los preembriones, dadas sus implicaciones en el tema que estamos tratando<sup>11</sup>. Por determinadas causas, bien sea por sufrir una enfermedad como el cáncer cuyo tratamiento, la radioterapia o la quimioterapia, provoca en muchos casos infertilidad o por deseo de aplazar la maternidad, se puede recurrir a la crioconservación del material reproductor, incluso de los preembriones, para su posterior implantación. Esta posibilidad es relativamente reciente, ya que es en la década de los setenta cuando se inaugura el primer banco de espermia, que permitía a los hombres depositar muestras antes del proce-

<sup>9</sup> SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*, Madrid, 2012, p. 42. disponible en: [http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr\\_sef\\_fertilidad.pdf](http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf) [Fecha de consulta: 11 de mayo de 2015].

<sup>10</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 38.

<sup>11</sup> La Exposición de Motivos de la LTRHA define preembrión como «el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde». La LRHA de 1988 manifestaba en su exposición de motivos que el «término preembrión –también denominado “embrión preimplantatorio”, por corresponderse con la fase de preorganogénesis–, para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero –acabado el proceso de implantación que se inició días antes–, y aparece en él la línea primitiva». El embrión lo definía como «se entiende tradicionalmente a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más», mientras que el feto era «el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto». La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007), por su parte, define «preembrión», «embrión» y «feto» en su artículo 3 en los siguientes términos: el primero «es el embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde». «Embrión» es la «fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener». Mientras que el feto se define como «embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto».

so de esterilización para el caso de que en un futuro quisieran ser padres. Esto es lo que se denomina «preservación de la fertilidad»<sup>12</sup>. Posteriormente, empezó a plantearse la posibilidad de congelar tejido ovárico, para el caso de pacientes curadas de cáncer, pudiera ser trasplantado. Sin embargo, como sabemos la crioconservación, en la que se utiliza nitrógeno líquido que alcanza la temperatura de -196° C, se ha extendido también a los ovocitos y los embriones<sup>13</sup>.

En lo atinente a la normativa autonómica, tal y como se ha puesto de manifiesto por algún autor, la misma se centra sólo en normas sobre autorización de centros y servicios sanitarios, así como a la creación de organismos propios<sup>14</sup>. Sólo Cataluña, en su Código Civil, ha recogido la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida como veremos en un epígrafe posterior.

La original LTRA así como la LTRHA plantearon un profundo debate en diversos sectores de la sociedad, dado que las técnicas de reproducción asistida están revestidas de condicionamientos no sólo médicos, sino jurídicos, sociales, morales, políticos e incluso religiosos. Varios años después de la promulgación de la LTRHA, la medicina reproductiva sigue planteando nuevos retos e interrogantes y la sociedad demanda nuevos requerimientos como una posición clara sobre la gestación por sustitución, dados los últimos pronunciamientos jurídicos sobre la materia, motivo por el cual, posiblemente en un futuro no muy lejano veamos una modificación de la LTRHA.

## 2. ¿EXISTE UN DERECHO A PROCREAR?

Una de las cuestiones más recurrentes que se presentan al analizar las TRA es la de si existe un derecho a procrear. La respuesta a esta cuestión es sumamente compleja, como iremos viendo a continuación. Si la posibilidad de tener hijos mediante la fecundación asistida se configura como un derecho, implica que el Estado

---

<sup>12</sup> GONZÁLEZ-MERLO, J., GÓNZALEZ BOSQUET, E., GÓNZALEZ BOSQUET, J., *Ginecología...*, *op. cit.*, p. 140.

<sup>13</sup> SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, *Saber más sobre fertilidad...*, *op. cit.*, pp. 58 y 59, señala que «La congelación de ovocitos consiste en la realización de ciclo de estimulación ovárica para conseguir recuperar ovocitos que luego se congelarán mediante un proceso específico llamado vitrificación». Mientras que los embriones, los ovocitos se fecundan in vitro y los embriones resultantes se congelan. Por lo que respecta a la vitrificación es una técnica que permite la crioconservación de las células sin que se forme hielo en su interior.

<sup>14</sup> INIESTA DELGADO, J. J., «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. V, M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (Directores), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 745.

ha de facilitar a las parejas o las madres solteras que puedan acceder a ellas, sin ningún tipo de traba u obstáculo, por ejemplo, económico. Si respondemos de forma negativa, cada ordenamiento puede imponer restricciones al acceso a las mismas.

No existe en nuestro Ordenamiento Jurídico un precepto que reconozca esta posibilidad. Sabemos que el artículo 39 de nuestra Carta Magna contiene la mención de la protección de la familia por parte de los poderes públicos y la protección de los hijos y las madres, con independencia de su estado civil. No obstante, este artículo se incardina dentro de los principios rectores de la política social y económica, es decir, que no se reconoce tal derecho entre los artículos 30 a 38 de la Constitución Española, ni mucho menos dentro de la Sección Primera del Capítulo II, dedicada a los derechos fundamentales. Lo que sí se configura como un derecho, es el *ius connubii* (artículo 32 CE)<sup>15</sup>.

En el ámbito internacional tampoco se reconoce expresamente la posibilidad de tener hijos como un derecho autónomo con entidad propia. Sí se menciona el derecho a formar una familia en algunos textos normativos. El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General, de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 (en adelante, el Convenio), dispone textualmente:

- «1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado»<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Para analizar el tema en nuestro país puede verse: GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

<sup>16</sup> Por su parte, la Convención de la ONU sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 1979, es más precisa en su artículo 16, el cual se pronuncia en los siguientes términos: «1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

El mismo derecho para contraer matrimonio;

El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;

Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;

Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

En el marco europeo, el artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, consagra también el derecho a formar una familia:

«A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.»

Hasta el momento la posibilidad de procrear o tener descendencia se derivaba, precisamente, de este derecho a formar una familia<sup>17</sup>. Sin embargo, hoy cada día existen más voces que consideran que este derecho está emergiendo con fuerza «como vertiente fundamental del derecho a la toma de decisiones sobre la propia existencia vital»<sup>18</sup>. A pesar de no mencionarse en documentos normativos en sentido estricto, sí se hace referencia en textos internacionales que no tienen fuerza vinculante para los Estados. Por ejemplo, la Cuarta Conferencia Mundial de la ONU sobre la mujer, celebrada en Pekín en 1995, señala en su párrafo 96 que: «Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual»<sup>19</sup>.

Como apunta Farnós Amorós el contenido de los *derechos reproductivos* «es el derecho a procrear, que está emergiendo en el ámbito internacional como un derecho humano básico, consustancial al concepto contemporáneo de individuo libre. El derecho comprende la toma de decisiones sobre la propia reproducción de forma libre y consensuada entre los dos miembros de la pareja, sin injerencias externas y con la información y los medios adecuados para su realización. (...) El derecho a procrear es, por tanto, un derecho complejo, formado a partir del derecho a fundar una fami-

---

Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos (...).

<sup>17</sup> FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida...*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>18</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I., «Nuevos límites al derecho a procrear», *DPC*, n.º 20, 2006, p. 13.

<sup>19</sup> <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> [Fecha de consulta: 2 de junio de 2015].

lia, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la planificación familiar, el derecho a la salud y el derecho a gozar del progreso científico, y resulta protegible a través de estos derechos»<sup>20</sup>. Por tanto, a pesar de tener más fuerza en el plano internacional, sigue teniendo unos contornos difusos e imprecisos. ¿Podemos considerar que el acceso a las TRA es una manifestación de ese derecho a procrear? Hemos de tener presente que en pleno siglo XXI, sigue existiendo una fuerte oposición a la reproducción artificial, sobre todo de aquellos países más conservadores, o en aquellos en los que la Iglesia sigue teniendo una influencia bastante considerable<sup>21</sup>.

Aplicado a nuestro caso concreto, la cuestión se plantea precisamente porque el recurso a las TRA no se utiliza exclusivamente para superar los problemas de infertilidad. Como sabemos pueden utilizarlas, por ejemplo, mujeres homosexuales o heterosexuales que no tienen pareja, pero desean tener hijos propios, aunque sea con la contribución de un donante. Determinados autores han manifestado su reticencia al uso de estas técnicas. En España podemos citar a Lledó Yagüe que manifestaba que, a su modo de ver, «se focaliza el funcionamiento de aquéllas en una concepción patrimonialista, es decir, en un derecho *al niño*, o lo que es lo mismo, a una realización sin límites a la maternidad, instrumentalizando al hijo *y/o in fieri*, cual si fuera un objeto, y no alguien *per se* dotado intrínseca y ópticamente de finalidad propia sin quedar supeditado como un simple medio para alcanzar aquélla»<sup>22</sup>.

López Peláez se cuestiona si tener descendencia puede considerarse como un derecho de la persona, debiendo los poderes públicos facilitar su ejercicio o, si es una capacidad, y por tanto, salvo que haya un problema médico o de salud no estarían obligados a darle respuesta<sup>23</sup>. En este sentido, se entiende que existe una doble consideración: entender el uso de las TRA como un derecho a procrear o como una expresión del derecho a la salud. En el primer caso, se consideran que las TRA se constituyen como una forma alternativa a la procreación natural, mientras que en el segundo supuesto, sólo podrían usarse en caso de no

<sup>20</sup> FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida...*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>21</sup> Muestra de esta oposición de la Iglesia es la Instrucción *Donum Vitae sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación* de 22 de febrero de 1987.

<sup>22</sup> LLEDÓ YAGÜE, F., «La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida», *ADC*, vol. 41, n.º 4, 1988, pp. 1241-1242.

<sup>23</sup> LÓPEZ PELÁEZ, P., «Filiación y reproducción asistida», *Derecho de la Persona*, I. Ravetllat Ballesté (Coord.), Bosch, Barcelona, 2011, p. 95.

poder tener descendencia por problemas médicos<sup>24</sup>. No obstante, como ahora veremos, dado que no existe un derecho en sentido estricto a la reproducción, los distintos conflictos que se han presentado en el ámbito europeo, han tenido que resolverse bajo el ámbito de otros derechos, como el de la vida privada y familiar<sup>25</sup>.

Pero este derecho a procrear, no lo hemos de referir única y exclusivamente a la mujer. El consentimiento del hombre, es decir, su pareja, que quiere acceder a las TRA también es básico, sobre todo si nos movemos en el ámbito de la transferencia de preembriones ya constituidos. Esto ha generado conflictos jurídicos sobre los que se ha tenido que pronunciar, incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como ahora iremos viendo.

A continuación, vamos a ver algunos supuestos resueltos por este órgano. Ya adelantamos la conclusión apuntada por Vidal Martínez al señalar que «cabe diferenciar por tanto la libertad de procrear inherente a la persona humana, ínsita en el derecho del hombre y la mujer a casarse y fundar una familia al que se refiere el artículo 12 del Convenio y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el derecho al acceso a las TRA como una manifestación del disfrute de la vida privada y familiar al que se refiere el artículo 8 del Convenio, de carácter contingente y variable, que no puede ser limitado por el Estado arbitrariamente, pero que no implicará obligaciones para el Estado sino en la medida que éste pueda y quiera asumirlas»<sup>26</sup>.

El *Caso Evans contra Reino Unido*, resuelto por el TEDH (Sección 4.<sup>a</sup>), el 7 de marzo de 2006<sup>27</sup>, sentencia que fue confirmada por la STEDH (Gran Sala), de 10 de abril de 2007<sup>28</sup>, fue el primero en plantear el alcance del derecho a procrear marcando así un antes y un después en la materia. Los hechos que dieron lugar al litigio fueron los siguientes: a la demandante se le informó que tenía tumores precancerosos en los ovarios, y que por tanto, debía someterse a una ovariectomía bilateral. Como los

<sup>24</sup> SERNA MEROÑO, E., «Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica», *DPC*, núm. 26, enero-diciembre de 2012, p. 275.

<sup>25</sup> FARNÓS AMORÓS, E., «La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización», *Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico: Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, P. Benavente Moreda/E. Farnós Amorós (Coords.), año LXIX, n.º 2179, junio de 2015, p. 183.

<sup>26</sup> VIDAL MARTÍNEZ, J., «Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S. H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo», *Rev. Der. Gen. H.*, n.º 34, 2011, p. 188.

<sup>27</sup> TEDH 2006\19.

<sup>28</sup> JUR 2007\101309.

tumores crecían lentamente, se le explicó que era posible obtener algunos óvulos para su futura FIV. En ese momento, la actora tenía pareja no matrimonial, así que decidieron prestar su consentimiento para la generación de preembriones que pudieran ser implantados a la mujer, una vez que superara las complicaciones de la operación. La clínica les informó que tendrían la posibilidad de revocar su consentimiento, siempre y cuando se realizase antes de la implantación en el útero de la demandante de los preembriones. No obstante, debido a la inquietud de la actora ésta preguntó a la clínica si era posible crioconservar óvulos no fecundados, a lo que su pareja, para intentar tranquilizarla le dijo que no sería necesario acudir a este proceso, dado que no iban a separarse y él quería ser el padre del hijo que tuvieran. El resultado fue la fecundación de once óvulos, de los cuales se crearon seis de ellos.

Sin embargo, casi dos años después la pareja se separa y, el hombre revoca su consentimiento señalando a la clínica que los embriones debían ser destruidos. La mujer solicitó que se le implantaran, hecho que los tribunales de su país no autorizaron. Después de un arduo recorrido judicial, plantea la cuestión ante el TEDH alegando que «los embriones concebidos a partir de sus óvulos y del espermatozoides de J. representan su única oportunidad de tener un hijo con el que tuviese un vínculo genético» (apartado 49)<sup>29</sup>. La actora alega entre otros motivos la vulneración del artículo 8 del Convenio<sup>30</sup>, artículo que considera afectado el TEDH, el cual manifiesta que «la “la vida privada” es una noción amplia que engloba, entre otras cosas, aspectos de la identidad física y social de una persona, concretamente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior (Sentencia Pretty, ap. 61), cubriendo asimismo el derecho al respeto de la decisión de tener o no un hijo» (ap. 57). Es decir, que si el artículo 8 «hace recaer sobre el Estado la obligación positiva de garantizar a las mujeres que se someten a este tipo de tratamiento con el fin específico de dar a luz a un hijo de su

<sup>29</sup> En el momento del caso regía la *Human Fertilisation and Embriology Act* de 1990.

<sup>30</sup> Artículo 8. *Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

sangre la posibilidad de hacerse implantar un embrión concebido a partir de los gametos de su ex compañero cuando éste se retracta de su compromiso» (ap. 58).

El TEDH a pesar de «compadecerse, al igual que los tribunales internos, de la adversidad que atraviesa la demandante» (ap. 67), entiende que Reino Unido no se excedió del margen de apreciación que garantiza el artículo 8 del Convenio, dado que no existe un consenso internacional sobre el momento en que puede revocarse el consentimiento para el uso de los gametos, y en la Ley de 1990 existe una disposición relativa a la posibilidad de retractarse hasta el momento de la implantación, que fue explicada a la pareja y firmada por ambos<sup>31</sup>. Por tanto, este precepto comprende tanto la posibilidad de ser padre o madre como la de no serlo. Textualmente dispone el ap. 66 que «Al Tribunal no le convencen los argumentos de la demandante según los cuales, por un lado, no hay comparación posible entre las situaciones respectivas del hombre y la mujer que se prestan a un tratamiento por FIV y, por otro lado, no se puede en principio mantener un equilibrio justo a menos que sea irrevocable el consentimiento del donante masculino. Si bien es cierto que tal tratamiento no requiere el mismo grado de compromiso por parte de los dos interesados, el Tribunal no comparte la idea de que los derechos del donante masculino en virtud del artículo 9 sean menos dignos de protección que los de la mujer afectada y que evidentemente la comparación de los intereses se inclina siempre de forma decisiva a favor de ésta. En la resolución dictada en este caso, el Juez Wall señaló que las disposiciones del anexo 3 a la Ley se aplicaban a todos los pacientes que seguían un tratamiento por FIV, cualquiera que fuese su sexo, e indicó que no era difícil imaginar que un hombre estéril pudiese enfrentarse a un dilema semejante al que se enfrenta la interesada (apartado 17 *supra*)»<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> No obstante, la sentencia contiene la opinión disidente del Señor Traja y la Señora Mijovic, los cuales manifiestan: «La verdadera cuestión que se plantea en este caso es la de si el legislador puede legítimamente, estableciendo un equilibrio tan rígido, conceder al que revoca su consentimiento el poder de controlar totalmente la situación y atribuir al derecho de éste, en virtud del artículo 8, un valor perentorio. En nuestra opinión, el Tribunal debería considerar que la situación excepcional de la demandante, que no tiene otro medio de tener un hijo biológico, merece un examen más profundo por parte de las autoridades internas y que éstas, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de la causa, tienen la obligación de proteger el derecho de la interesada a procrear» (párrafo 2.<sup>o</sup>).

<sup>32</sup> Esta sentencia ha sido comentada por FARNÓS AMORÓS, E., «¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida. Comentario a la STEDH, Sec. 4.<sup>a</sup>, de 7.03.2006, «Evans v. The U. K.», *Indret*, enero de 2007, [http://www.indret.com/pdf/408\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/408_es.pdf); de la misma autora, «Evans v. The U. K (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja. Nota breve a la STEDH, Gran Sala, de 10.4.2007», *Indret*, abril de 2007, [http://www.indret.com/pdf/432\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/432_es.pdf)

Poco tiempo después, el TEDH se pronunció en el *Caso Dickson contra Reino Unido*<sup>33</sup>. La particularidad de este supuesto radicaba en la solicitud por parte de un matrimonio, al recurso de las TRA para poder tener un hijo, dado que el marido se encontraba en prisión y debido a esta circunstancia junto con la edad de la mujer (44 años), la única posibilidad que tenían de tener un hijo, era mediante el acceso a las mismas. Las autoridades nacionales les denegaron la petición, por lo que recurrieron ante el Tribunal de Estrasburgo, alegando la violación del artículo 8 del Convenio. Sin embargo, éste falla en el mismo sentido que los órganos nacionales, al considerar que «teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación de que gozan las autoridades nacionales, el Tribunal entiende que no se ha demostrado que la decisión de negar las facilidades para la inseminación artificial en este caso sea arbitraria o poco razonable o que rompiera el justo equilibrio entre los intereses en conflicto» (ap. 39), dado que el tener un hijo, no está reconocido como un derecho general.

La Gran Sala del TEDH decide en sentido opuesto, porque a pesar de lo que parece sugerir el Gobierno, en este caso el artículo 8 del Convenio sí se aplicaría, dado que el negarle a la pareja la posibilidad de recurrir a las TRA afecta a su vida personal y familiar. Además, las personas que están privadas de libertad siguen conservando los derechos que les garantiza el Convenio, y en caso de restringir alguno de ellos, se ha de justificar de forma concreta (ap. 68). En este sentido, opina el TEDH que si está en juego un aspecto tan importante como es «la existencia o identidad de una persona (tal como la elección de ser el padre genético), el margen de apreciación del Estado es por lo general restringido» (ap. 78).

Otro conflicto planteado ante el Tribunal de Estrasburgo fue el *Caso S. H y otros contra Austria*. Es importante porque pone de relieve las distintas regulaciones que existen en materia de TRA<sup>34</sup>. En este caso, dos matrimonios que tenían problemas para tener hijos consideran que la ley austriaca, que impide el acceso a la donación de esperma para el uso de la FIV y la donación de óvulos, era contraria al Convenio. Además de invocarse el artículo 8 del texto, se hace especial hincapié en el artículo 14 de dicho instrumento, relativo a la prohibición de discriminación<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> STEDH de 18 de abril de 2006 (TEDH 2006\31), revocada por la STEDH (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2007 (TEDH 2007\86).

<sup>34</sup> STEDH (Sala 1.ª) de 1 de abril de 2010 (TEDH 2010\56) revocada parcialmente por la STEDH (Gran Sala) de 3 de noviembre de 2011 (JUR 2011\369437).

<sup>35</sup> *El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

En uno de los matrimonios, ella era infértil, el marido no tenía problemas. Los demandantes alegan que ha habido desigualdad de trato. El TEDH precisa que para que «tal diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue un fin legítimo o si no existe una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin que se persigue» (ap. 71). Por tanto, el tribunal lo que ha de considerar es si existe, en este caso, una discriminación respecto de una pareja que ha de recurrir a las TRA para tener un hijo, sin recurrir a la donación de óvulos. El TEDH manifiesta que «las preocupaciones basadas en consideraciones morales o la aceptación social no son por sí mismas razones suficientes para una prohibición absoluta de una técnica de procreación artificial determinada, como la donación de óvulos» (ap. 74). Por otro lado, mantiene que «El Tribunal considera que los riesgos asociados con las nuevas técnicas en un campo tan sensible como la procreación médicamente asistida, deben tomarse seriamente en consideración y que en primer lugar el legislador doméstico debe evaluar estos riesgos después de haber calibrado cuidadosamente los distintos intereses públicos y privados involucrados y los peligros a los que pudiera hacerse frente. Sin embargo, una prohibición completa de la técnica médica en cuestión no sería proporcionada salvo que, tras una cuidadosa reflexión, se viese que era éste el único medio de prevenir de forma eficaz las serias repercusiones. En el presente asunto, al Tribunal no le convence que una prohibición total sea el único medio a disposición del legislativo austriaco» (ap. 76). Interesante también es lo que explica en el ap. 81: «El objetivo de mantener la certeza legal en el ámbito de la Ley de familia a través de mantener un principio muy antiguo en este ámbito de la Ley como uno de sus hechos básicos tiene ciertamente su razón de ser. Sin embargo, las relaciones familiares inusuales, en su más amplio sentido, son bien conocidas en los órdenes legales de los Estados Contratantes. Las relaciones familiares que no siguen el patrón típico paterno-filial basado en un vínculo biológico directo, no son nada nuevas y ya existían en el pasado, desde la institución de la adopción, que crea una relación familiar entre personas que no está basada en la descendencia sino en un contrato, con el fin de suplementar o reemplazar las relaciones familiares biológicas. Desde este asunto de común conocimiento, el Tribunal concluiría que no hay obstáculos insoslayables para establecer relaciones familiares que surgieran de un uso con éxito de las técnicas de procreación artificial en disputa dentro del marco general de la Ley de familia y otros campos de la Ley relacionados con éste». El TEDH declara la

existencia de una vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio.

La otra pareja del caso no podía tener hijos. A diferencia del matrimonio anterior, aquí los dos presentaban alguna patología relacionada con la fecundación natural. La única opción que tenían para ser padres era recurrir a la FIV con utilización de esperma de un donante. Según la ley austriaca sólo se podría utilizar la donación de esperma, para la fertilización in vivo. La Sala 1.<sup>a</sup> reconoce que no hay una justificación razonable y objetiva que implique la diferencia de trato en este supuesto, por lo que considera violado también el artículo 14 en relación con el 8 del convenio. No obstante, la Gran Sala, que como señalamos revoca parcialmente la sentencia, precisa que ha de entenderse que los Estados tienen un amplio margen de apreciación en materia de donación de gametos así que es posible tanto las políticas de carácter más restrictivo, como las que tiene una visión más permisiva, por lo que no existe vulneración del artículo 8. El Tribunal en su fundamentación señala que en aquellos aspectos donde no hay un consenso entre los países miembros del Consejo de Europa, que plantean aspectos éticos o morales sensibles, el margen de apreciación de los mismos es más extenso o amplio (ap. 94), y pone de manifiesto la disparidad de regulaciones que existen en materia de técnicas de reproducción asistida en Europa (ap. 95). Mantiene en este caso, que dado que no hay una posición común entre los Estados, y dadas las implicaciones de la FIV, se le ha de dar un amplio margen de apreciación al Estado demandado, y por tanto, respetar la decisión de un país de legislar o no en la materia (ap. 96). Por estos argumentos, entre otros, el Tribunal como hemos dicho entiende que no hay vulneración del artículo 8, porque el que Austria prohíba determinadas TRA no sobrepasa el margen de apreciación que el legislador tenía en su momento, si bien matiza que dado los avances tan rápidos de la ciencia y la sociedad se podía realizar una revisión de la norma.

El último caso que se ha de traer a colación es el resuelto por el TEDH en su sentencia de 28 de agosto de 2012, en el *Caso Costa y Pavan contra Italia*<sup>36</sup>, que se centraba en la posibilidad de recurrir al diagnóstico genético preimplantatorio (DGP)<sup>37</sup>, por un matrimonio que eran portadores sanos de la mucoviscidosis (fibrosis quística). Esta circunstancia había provocado que su hija hubiera nacido con esta patología, y el segundo hijo que esperaban también estuviera afectado por la misma, así que decidieron recurrir a la inte-

<sup>36</sup> TEDH 2012/72.

<sup>37</sup> El DGP es una técnica que permite el estudio del ADN de embriones para determinar si son portadores de determinadas enfermedades hereditarias.

rrupción médica del embarazo. El problema es que en Italia sólo tienen acceso a las TRA las parejas que tengan problemas de esterilidad o infertilidad. El Gobierno italiano alegaba que lo invocado por los demandantes era el «derecho a tener un hijo sano» (ap. 44), lo que no estaba protegido por el Convenio. Por su parte, aquellos mantenían que «el Estado debe abstenerse de cualquier injerencia en la elección de la persona de convertirse o no en padre de un niño; corresponde también al Estado tomar las medidas oportunas para que la elección en cuestión pueda hacer en total libertad» (ap. 49).

El Tribunal señala que el concepto de «vida privada» del artículo 8 del Convenio incluye entre otras facetas el «derecho del individuo para establecer y desarrollar relaciones con sus compañeros», «el derecho al desarrollo personal», o «el derecho a la libre determinación». Matiza también que «factores tales como la identificación, la orientación y la vida sexual son también aspectos personales protegidos por el artículo 8 (...), de la misma forma que el derecho al respeto a las decisiones de convertirse o no en padre» (ap. 55).

El TEDH pone de manifiesto la incoherencia del sistema italiano que permite el aborto terapéutico, pero no el DGP precisamente para poder evitar el mismo, así que la única vía que tienen es realizar un embarazo natural, y en caso de ser portador el feto de la enfermedad, proceder al aborto. Reconoce que en este caso la injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y privada ha sido desproporcionada.

De las sentencias del TEDH hemos podido observar cómo el acceso a las TRA se incardina en el artículo 8 del Convenio, pero no se le reconoce la entidad de derecho en sentido estricto. Como veremos y estamos pudiendo ver, sigue existiendo una fuerte oposición a las mismas. Por tanto, dudamos que al menos por el momento, a no ser que las distintas legislaciones intenten acercarse a un punto de convergencia, se le pueda otorgar ese estatus de «derecho».

No obstante, hemos de ir un paso más allá y plantearnos otra cuestión, ¿existe además un derecho a tener descendencia, fallecido uno de los miembros de la pareja recurriendo a las TRA, utilizando el material reproductor de la persona que ha muerto? A lo largo de los siguientes apartados, pondremos de relieve la problemática que existe alrededor de la reproducción asistida *post mortem*. Ya adelantamos que uno de los argumentos esgrimidos en contra de esta posibilidad de tener descendencia es que el interés del niño implica que ha de nacer con un padre y una madre. Sin embargo, nos hemos de cuestionar o plantear, si lo realmente importante para el interés del menor es el número de progenitores

que tenga, o que realmente reciba la asistencia moral, afectiva y material que todo progenitor ha de prestarle a un hijo. Ya apuntamos en la introducción de este trabajo, que hoy en día existen muchos modelos familiares, algunos de ellos monoparentales o monomarentales. Si se permite adoptar a una persona sólo, por qué no se debería permitir tener descendencia póstuma, cuando una pareja tiene un proyecto parental común pero se rompe súbitamente por el fallecimiento, en este caso del hombre, si realmente es lo que desean. No considero que lo importante sea el número de progenitores, sino que el niño pueda desarrollarse en una familia que le dé el cariño y la asistencia que ha de recibir todo hijo.

Como hemos podido apreciar de los distintos textos internacionales y de las resoluciones del TEDH no existe un derecho a procrear en sentido estricto. Éste puede derivarse de otros derechos contenidos en el Convenio, como es el caso del artículo 8. El Tribunal de Estrasburgo no parece que siga una línea clara al respecto y matiza en algunas de sus sentencias, que el acceso a las TRA dependerá de la regulación que haga cada Estado. Dado que tenemos una normativa muy avanzada en la materia, entiendo que a pesar de no tener la consideración, todavía, de derecho en sentido estricto, debería facilitarse el acceso a las TRA, no sólo en caso de infertilidad o esterilidad, sino en el supuesto de ser madre soltera. Tener hijos se integra dentro del derecho a formar una familia, por tanto, nuestro Derecho y las políticas estatales deberían dirigirse precisamente a facilitar o ayudar al cumplimiento del mismo<sup>38</sup>.

### 3. CONCEPTO, REQUISITOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA *POST MORTEM*

#### 3.1 CONCEPTO

La reproducción asistida *post mortem* se regula en el artículo 9 LTRHA intitulado «premorienza del marido»<sup>39</sup>. Sin embargo, ya

<sup>38</sup> Hemos de puntualizar, por otro lado, que las clínicas privadas son bastante costosas. En España la mayor parte de los centros médicos son de este tipo, y en los centros públicos hay largas listas de espera. Esto hace cuestionarnos si hoy en día sólo podrán acceder a las mismas, aquellas personas que tengan un nivel de solvencia bastante elevado, o bien tengan que hacer un esfuerzo económico considerable para ver satisfecho su deseo de tener hijos.

<sup>39</sup> PÉREZ MONGE, M., «Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida», *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 599-600, considera más acertado hablar de procreación arti-

adelantamos que esta última expresión es inexacta, porque no abarca las distintas posibilidades que pueden presentarse en la práctica, dado que el uso de la TRA no se circunscribe o mejor dicho, se permite únicamente a las parejas casadas<sup>40</sup>. Si ya pudimos ver en el epígrafe anterior que las TRA tuvieron una fuerte oposición por parte de determinados sectores, el reconocimiento de la posibilidad de utilizar el material reproductor del marido o la pareja de la mujer tras su fallecimiento, tampoco dejó indiferente a nadie<sup>41</sup>.

El artículo 9 LTRHA dispone en su primer apartado que no puede determinarse la filiación legalmente, ni reconocerse efectos entre el hijo que ha nacido a través de estas técnicas, ni según la ley, y el marido fallecido, si en el momento de su muerte, su material reproductor no se encontraba en el útero de la mujer. Por tanto, en un primer momento no admite esta posibilidad.

Sin embargo, matiza el apartado segundo que el marido puede dar su consentimiento bien en el documento que menciona el artículo 6.3 de la presente ley, en escritura pública, testamento o documento de voluntades anticipadas para que su material reproductor sea utilizado para fecundar a su mujer, en los 12 meses siguientes a su fallecimiento. En caso de que conste este consentimiento, el artículo 9 reconoce que sí nacerán los efectos propios de la filiación matrimonial, pero a su vez permite la posibilidad de la revocación del consentimiento, en cualquier momento previo a la realización de aquéllas. El párrafo segundo del artículo 9.2 contiene una presunción, ya que se entiende prestado el mismo cuando la cónyuge superviviente ha estado sometida a un proceso de reproducción asistida, ya iniciado, para la transferencia de preembriones constituidos antes de la muerte del marido.

El 9.3 permite a las parejas no casadas, tal y como dice la ley, hacer uso de la posibilidad que prevé el artículo 9.2, sirviendo el

---

ficial *post mortem* en sentido estricto, en el que se incluya la IA y la FIV con gametos del varón y la transferencia de embriones preexistentes tras su fallecimiento.

<sup>40</sup> LLEDÓ YAGÜE, F., «Artículo 9. Premoriencia del marido. Comentario jurídico», Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo), Dykinson, Madrid, 2007, p. 126.

<sup>41</sup> Ya vimos cómo se puso de manifiesto la duda sobre la constitucionalidad de la norma originaria. Obviamente, el tema relativo a la reproducción asistida *post mortem* también fue objeto de controversia, como veremos a continuación, sobre todo si tenemos en cuenta que el hijo va a nacer sin la presencia del padre biológico. Entiendo que esta discusión está más que superada, dado que el TC declaró constitucional la norma. BLASCO GASCÓ, F. P., «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, n.º 2, 1991, p. 705 señala al respecto que el artículo 39.3 CE «no impone un deber de estar vivos a los padres-al progenitor-en el momento, al menos, del nacimiento del hijo. No impone que el hijo tenga un padre (es decir, no reconoce el derecho del hijo a tener un padre, y mucho menos que éste coincida con el progenitor), sino que atribuye o imputa a quien es padre-en sentido jurídico, no necesariamente biológico-el deber de asistir al hijo». Sin embargo, actualmente siguen existiendo sectores que defienden la idea de que el menor ha de tener un padre y una madre.

consentimiento como título para que se pueda iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de la paternidad. No obstante, aquí hemos de precisar, que hemos de tener en cuenta la modificación operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE núm. 167 de 14 de julio de 2015), que modifica el tercer apartado del artículo 9. Ahora el precepto señala que: «3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad».

Por tanto, podemos decir que la reproducción asistida *post mortem* es aquella que se produce a través de las TRA cuando uno de los progenitores, en concreto, el varón ha fallecido, bien una vez iniciado el tratamiento o posteriormente en el momento que marca la ley. Gómez de la Torre las define como «los casos de inseminación artificial de una mujer con semen de su marido o varón de la pareja fallecido y de implantación en la mujer de un embrión formado con su óvulo y el semen de su marido o compañero fallecido»<sup>42</sup>. Por su parte, Hernández Ibáñez entiende que a grandes rasgos «consiste en inseminar a la mujer con esperma de su marido o compañero estable ya fallecido, con el propósito de que engendre un hijo de ambos. También se puede llevar a cabo esta técnica transfiriendo a la mujer un embrión formado por su óvulo o el semen del varón muerto»<sup>43</sup>. Para calificar la fecundación como *post mortem* considera la doctrina que la fecundación en sí y la formación del embrión se ha de producir después del fallecimiento del hombre, con independencia de que la implantación se haga con posterioridad a aquel momento. Por tanto, no tendrá tal calificativo

<sup>42</sup> GÓMEZ DE LA TORRE, M. C., «Fecundación *post mortem*», AC, n.º 5, semana 3-9 febrero de 1992, p. 45.

<sup>43</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», AC, n.º 48, semana de 26 de diciembre- 1 de enero de 1989, p. 3029. GÁMIZ SANFELIÚ, M., «Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida», AC, n.º 10, 2009, p. 1 de la versión digital considera que: «la fecundación *post mortem* se puede entender desde el punto de vista médico como del jurídico. En el primer caso, considera que tomando como referencia o punto de partida la conservación de los gametos, sería «la concepción de un hijo mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, generalmente por inseminación artificial o por fecundación in vitro, pero con la particularidad de que uno de los progenitores ha fallecido antes de la realización de la fecundación». Desde el punto de vista jurídico manifiesta que este supuesto hace referencia los efectos jurídicos de dicha concepción, es decir, determinación de la filiación así como los derechos y deberes que se derivarán de la misma».

si la implantación del embrión, la inseminación artificial o la transferencia intratubárica de gametos se ha producido con anterioridad a la muerte, aunque la implantación natural suceda después<sup>44</sup>. Dentro del artículo 9, tal y como considera la doctrina, existen dos hipótesis diferentes: la fecundación artificial *post mortem* en sentido estricto y, la transferencia *post mortem* de preembriones. Respecto de la primera «se entiende de modo exclusivo la introducción en los órganos genitales femeninos del semen del varón fallecido por medio distinto al contacto sexual. El segundo supuesto hace referencia a la transferencia de la mujer, tras el fallecimiento del varón, de preembriones de la pareja constituidos mediante fecundación *in vitro* con anterioridad a la muerte del marido o del compañero; supuesto en el que la fecundación no ha sido, por tanto, *post mortem*»<sup>45</sup>.

Podemos distinguir tres situaciones al respecto como iremos viendo:

1.<sup>a</sup> En el momento del fallecimiento del varón, su material reproductor ya se encontraba en el útero de la mujer.

2.<sup>a</sup> El marido fallece sin haberse iniciado aún el proceso, pero el material reproductor estaba crioconservado.

3.<sup>a</sup> El material reproductor del varón fallecido no había sido crioconservado, pero en el documento correspondiente éste había solicitado su extracción en el momento de su fallecimiento para poder fecundar a su pareja.

El primer caso que se planteó sobre reproducción asistida *post mortem* fue el caso *Parpalaix* en 1984 en Francia, en la sentencia de 1 de agosto de 1984 del *Tribunal de Grande Instance de Créteil*, que obtuvo una importante repercusión mediática y social<sup>46</sup>. Ya adelantamos que la solución que se dio en el caso es diferente a la que se daría en la legislación española. No obstante, el tema central del caso no giraba tanto, en la posibilidad que se le permitiera a la viuda inseminarse con el semen de su difunto marido, sino en que el centro donde estaba depositado el mismo se negaba a entregárselo a la cónyuge supérstite.

<sup>44</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, editorial Reus, Madrid, 2012, pp. 79 y 80.

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., «Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción *post-mortem* y la doble maternidad», *Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico: Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, P. Benavente Moreda/E. Farnós Amorós (Coords.), año LXIX, n.º 2179, junio de 2015, p. 92.

<sup>46</sup> Debido a la dificultad de acudir a la sentencia original utilizamos para explicar el caso, el trabajo de KATZ G. A., «Parpalaix c. CECOS: Protecting intent in reproductive Technology», *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 11, n.º 3., 1998, pp. 684 y ss.

Los hechos que dieron lugar al caso fueron los siguientes: en 1981, a Alain Parpalaix se le empezó a realizar un tratamiento de quimioterapia como consecuencia del cáncer testicular que sufría. Debido a los efectos negativos tan invasivos que tiene, dado que frecuentemente causan esterilidad, se le aconsejó la extracción y conservación de su esperma en el «Centro de Estudios y de Conservación de Esperma» (conocido por sus siglas CECOS). El señor Parpalaix aceptó y firmó un contrato con el CECOS, el cual no contenía ninguna previsión sobre el destino de su material reproductor en caso de fallecimiento. En 1983 se casa con la que había sido su pareja Corinne, con la que había convivido durante muchos años, y justo dos días después del matrimonio Alain falleció.

Ésta solicitó al CECOS el esperma de su difunto marido para poder proceder a la inseminación artificial y poder tener un hijo. La institución se negó alegando que ninguna norma le obligaba a devolverlo. Ante tal negativa, los padres Alain Parpalaix y Corinne demandaron al CECOS. La familia Parpalaix consideraba que el esperma era una parte divisible del cuerpo y debería ser tratado como un bien mueble, y por tanto, que se le aplicara las leyes relativas a la propiedad. El CECOS alegó que el esperma era diferente a otros órganos, ya que podía crear vida y que debía considerarse como una parte indivisible del cuerpo. Además, consideró que la finalidad de los bancos de esperma era terapéutica, es decir, que si el señor Parpalaix depositó el esperma fue por la posible esterilidad que le pudiera causar el tratamiento médico, no necesariamente su intención era tener hijos. Por último, argumentó también que Alain no había dado instrucciones sobre el uso para el caso que falleciera.

El tribunal finalmente falló a favor de Corinne ordenando al CECOS a que restituyera el esperma, por entender que aunque el señor Parpalaix no estableciera el destino *post mortem* de su semen, eso no significaba que no tuviera intención de facultar a Corinne a usar el esperma. El juzgador consideró que los padres de Alain eran las personas más idóneas para conocer la intención de su hijo sobre la procreación, ya que apoyaban a su viuda en su decisión. A esto hemos de añadir que, el hecho de contraer matrimonio poco antes de morir iba destinado a que ella pudiera obtener el esperma de forma más sencilla. Eso sí, el tribunal señaló que no se podía aplicar el Código Civil sobre el esperma, ya que éste no era una «cosa» o un «bien» que estuviera dentro del comercio de los hombres.

A pesar del fallo favorable a favor de la viuda, se intentó la fecundación pero fracasó.

Volviendo nuevamente al artículo 9, como iremos viendo a lo largo de estas líneas, plantea muchos interrogantes y problemas en

la práctica. No obstante, antes de analizar cada uno de los requisitos de dicho precepto, es relevante poner de manifiesto las distintas posturas existentes al respecto sobre su admisibilidad.

Centrándonos en nuestro Ordenamiento Jurídico, y de forma sintética, podemos señalar que en nuestro país existen o existían tres posiciones distintas respecto de la reproducción asistida *post mortem*: a) La primera, prohibitiva. b) La segunda la que la consideraban admisible pero sin reconocer derechos sucesorios al nacido<sup>47</sup>. c) La tercera más moderada, que la consideran admisible siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos<sup>48</sup>.

Iniesta Delgado sintetiza muy bien cuáles son las objeciones que se realizan a la fecundación *post mortem* y cuáles son los argumentos que se han utilizado para rebatir las mismas. Así apunta como elementos que se alegan en contra: a) que no se tiene en cuenta el bienestar del hijo. b) Que se distorsiona la finalidad terapéutica de las TRA, ya que se destinan a satisfacer intereses personales. c) Que no se puede actualizar el consentimiento del progenitor fallecido. d) Que genera problemas de filiación y sucesorios. e) Si se utilizan gametos de la mujer que ha fallecido nos encontraríamos ante un supuesto de maternidad subrogada si ha de gestarse por otra mujer. Señala que los argumentos que se han dado en contra de tales críticas son: a) Los problemas de filiación y sucesorios se pueden resolver con una adecuada regulación legal de la materia. b) La finalidad de las TRA ya no es exclusivamente terapéutica, dado que se permite su uso a las mujeres que no tienen pareja. c) Lo importante no es cuántos padres tiene el menor, sino que se le otorgue una protección adecuada por los mismos<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Esta es la opción defendida en el Informe Palacios en nuestro país. La recomendación 13 de dicho Informe señalaba al respecto: «Deberá legislarse que el hijo nacido por IA con semen del marido o varón de la pareja estable, o por FIVTE con un embrión congelado originado con semen de aquéllos, cuando el material reproductor no esté en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte de aquéllos, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o de la herencia del fallecido». Por su parte, la recomendación 61 disponía que: «Los gametos de un miembro de una pareja estable o matrimonio, ya fallecido, podrían ser utilizados por el otro y para lograr su propia descendencia, pero en ningún caso el hijo nacido deberá ser tomado en consideración a efectos de la sucesión y herencia del fallecido». Esta opción no es admisible dado que iría en contra del artículo 14 y 39 de la nuestra Carta Magna, ya que con independencia del tipo de filiación, todos los hijos son iguales ante la Ley y han de tener los mismos derechos.

<sup>48</sup> Para ver las distintas posturas véase FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Artículo 9. Pre-miopia del marido», *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, J. A. Cobacho Gómez (Director), J. J. Iniesta Delgado (Coordinador), Thomson, Navarra, 2007, pp. 313 y ss. GÓMEZ DE LA TORRE, M.<sup>a</sup> C., *Fecundación post mortem...*, op. cit., pp. 47-52. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, op. cit., pp. 93 y ss. LÓPEZ PELÁEZ, P., «Relaciones civiles derivadas de la fecundación *post mortem*», *BFD UNED*, n.º 6, 1994, pp. 112-113. RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La fecundación artificial *post mortem*», *RJC*, n.º 4, 1987, pp. 871 y ss.

<sup>49</sup> INIESTA DELGADO, J. J., *La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida...*, op. cit., pp. 836 y 837.

En lo atinente a la última de las opiniones, que es la que sigue, antes de la LTRHA de 1988 ya había algún autor que se decantaba por esta opción. Así Campuzano Tomé ponía de manifiesto que para poder admitir la fecundación *post mortem* era necesario el consentimiento del marido, pero para evitar situaciones confusas y difíciles de solucionar, como el que la mujer quisiera ser inseminada años después de fallecido el marido o después de nacer el primer hijo, que volviera a ser inseminada, era necesario algún otro requisito y éste era el de la interposición de plazos desde la muerte del marido<sup>50</sup>. Posteriormente a la promulgación de la ley, Hernández Ibáñez consideraba que no se debería haber admitido la fecundación *post mortem* dado que los intereses que debían haber prevalecido son los del menor, y no el de la madre a tener un hijo. Sostiene que la madre tiene derecho a la maternidad pero siempre que existan circunstancias favorables para ello, y esta situación no es la más adecuada para tener un hijo. Además, el niño tiene derecho a nacer dentro de una familia, en la que no se le haya privado antes de la concepción a su padre<sup>51</sup>. Lledó Yagüe ha sido muy crítico también con esta facultad, textualmente este autor mantiene que «con su admisión se transgrede la filosofía de la propia Ley, en tanto en cuanto el legislador en este supuesto se aparta definitivamente de cualquier finalidad terapéutica en el uso de las técnicas (artículo 1.2), puesto que ya no se trata de dar una alternativa al problema de la esterilidad de la pareja, sino realizar póstumamente el deseo de alcanzar la maternidad, manipulando al hijo como un simple medio instrumental en aras a la consecución de un interés personal»<sup>52</sup>.

Por su parte, Rivero Hernández no encontraba a nivel constitucional ningún precepto ni favorable ni desfavorable a la fecundación *post mortem*, señalando que si no era contraria a la Constitu-

<sup>50</sup> CAMPUZANO TOMÉ, H., «Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente», *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 433 y 434.

<sup>51</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida...*, op. cit., p. 3030.

<sup>52</sup> LLEDÓ YAGÜE, F., «Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica», *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España*, A. Díez Martínez (coord.), Dykinson, Madrid, 2006, p. 155. Ya había manifestado anteriormente esta idea en LLEDÓ YAGÜE, F., *La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida...*, op. cit., p. 1250. PANTALEÓN PRIETO, F., «Técnicas de reproducción asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, mayo-agosto de 1993, pp. 154 y ss., considera inconstitucional la fecundación *post mortem* alegando entre otros motivos, que no hay ningún artículo en la Constitución que apoye la pretensión de la viuda, y sí hay un derecho que fundamenta el derecho al niño a no venir al mundo sin un padre, por lo que contradice el artículo 39.3 CE. Señala textualmente, que «un hijo no es, no debe ser, un *souvenir*».

ción «tampoco puede apoyarse su práctica o exigibilidad, como derecho subjetivo invocable, en ningún precepto claro y directo, salvo el aludido principio general de libertad personal»<sup>53</sup>.

En lo atinente a los distintos países europeos de nuestro alrededor, nos encontramos igualmente con tres posturas distintas. Los países que la aceptan; los que la prohíben y aquellos que la permiten en determinadas circunstancias. Reino Unido ha regulado las TRA, en general, y la reproducción asistida *post mortem* de una forma más pormenorizada que nuestra ley, e incluso de forma mucho más «abierta» a las distintas posibilidades que pueden darse en la práctica. El texto normativo básico es la *Human Fertilisation and Embryology Act* (en adelante, HFEA) de 2008, que ha sido modificada en varias ocasiones<sup>54</sup>. En este sentido, por lo que respecta al tema que estamos tratando hemos de atender a las secciones 39 y 40 de dicho texto legal. El primero hace referencia al uso del espermatozoide o la transferencia del embrión, después del fallecimiento del hombre que ha proporcionado el espermatozoide. El segundo a la transferencia del embrión después del fallecimiento del marido o la pareja, que no ha aportado el espermatozoide. El aspecto que podemos poner de manifiesto de la regulación inglesa es que es posible que el donante de semen sea considerado como padre, cuando el embrión se constituyera antes del fallecimiento, si se dan una serie de requisitos. Obviamente, lo básico es que haya prestado el consentimiento y no lo haya revocado, y que la madre lo solicite en un plazo máximo de 42 días.

En Reino Unido también hubo un caso bastante mediático relacionado con la reproducción asistida *post mortem*. Los hechos fueron los siguientes: Stephen Blood y Diane Blood contraen matrimonio en 1991 bajo el rito anglicano, que da mucha importancia a tener hijos en el matrimonio. Tres años después deciden tener familia, sin embargo, Stephen contrae meningitis en 1995, sin que Diane se hubiera quedado embarazada aún. Estando el señor Blood en coma, Diane consulta con el equipo médico la posibilidad de extraer espermatozoide de su marido. Así se hizo, se tomaron dos muestras

<sup>53</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La fecundación artificial post mortem...*, *op. cit.*, p. 882. Por su parte, DÍAZ ROMERO, M.<sup>a</sup> DEL R., «Técnicas de reproducción asistida y filiación», *Derecho de Familia*, G. Díez-Picazo Giménez (Coord.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2012, p. 1689 entiende que la procreación *post mortem* se basa en el derecho a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar. PÉREZ MONGE, M., *Filiación derivada del empleo de técnicas de las técnicas de reproducción asistida...*, *op. cit.*, p. 600, considera que no es una práctica positiva pero que no ve argumentos constitucionales para prohibirla.

<sup>54</sup> Puede consultarse en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> [Fecha de consulta: 7 de junio de 2015].

que fueron depositadas en el «Infertility Research Trust», una de ellas en el momento del fallecimiento de Stephen.

La Sra. Blood solicita la inseminación con el espermatozoide de su marido fallecido, no obstante, la *Human Fertilisation and Embriology Authority* no le concede la autorización dado que la misma iría en contra a lo establecido en la HFEA. El motivo principal para la denegación fue que el marido no había prestado su consentimiento para la fecundación post mortem. Por ese motivo Diane decide acudir a la vía judicial.

La sentencia de la *Court of appeal (Civil Division)*, de 6 de febrero de 1997, remarca durante toda su argumentación el papel esencial que tiene el consentimiento de la persona que va a donar sus gametos, tanto para el depósito como para su uso. El Tribunal viene a decir que no se debería haber procedido a depositar el semen del Sr. Blood, dado que él no había prestado su consentimiento. Por tanto, ratifica la denegación de la autorización para su inseminación<sup>55</sup>.

Holanda también reconoce la posibilidad de recurrir a la fecundación *post mortem* en el artículo 7 de la *Embryowet* de 20 de junio de 2002<sup>56</sup>.

En Portugal rige la *Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho Procriação medicamente assistida*, que es bastante restrictiva, al menos por lo que respecta a los usuarios de las técnicas. Ésta fue la primera norma promulgada en materia de reproducción asistida en este país. Hasta ese momento la reglamentación de las TRA la realizaban las clínicas privadas, las cuales sólo tenían que respetar el ordenamiento jurídico portugués<sup>57</sup>. Las TRA, según el artículo 4, se consideran un método subsidiario (y no alternativo) de reproducción, por tanto, sólo se puede recurrir a ellas en caso de infertilidad, para el tratamiento de enfermedad grave o si existe el riesgo de transmisión de enfermedades genéticas, infecciosas o similares. Por otro lado, según el artículo 6 sólo pueden acceder a ellas las parejas heterosexuales casadas o que formen una pareja de hecho durante al menos dos años. No obstante, el precepto que a nosotros nos interesa es el artículo 22 de la ley relativo a la inseminación *post mortem*. Su párrafo primero dispone que aunque el marido o pareja de hecho hubiera prestado su consentimiento en vida, para que su pareja pudiera ser fecundada una vez fallecido, este hecho

<sup>55</sup> No obstante, Diane Blood consiguió posteriormente ir a Bélgica donde se practicó la inseminación artificial, fruto de la cual nacieron dos hijos.

<sup>56</sup> [http://wetten.overheid.nl/BWBR0013797/geldigheidsdatum\\_21-01-2015](http://wetten.overheid.nl/BWBR0013797/geldigheidsdatum_21-01-2015) [Fecha de consulta: 7 de junio de 2015].

<sup>57</sup> RAPOSO, V. L., «La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 10, abril de 2007, p. 8.

no será válido. El párrafo segundo precisa que si el hombre, como consecuencia de una futura esterilidad, crioconservó su semen y fallece, éste deberá ser destruido. Lo que llama la atención de la regulación portuguesa, es lo que dispone el párrafo tercero, ya que sí autoriza la transferencia *post mortem* de embriones preconstituidos, para permitir un proyecto parental, cuando constara por escrito antes del fallecimiento. Sin embargo, la norma no precisa un plazo para realizar la transferencia embrionaria, como sí sucede en la normativa española, haciendo referencia sólo a un plazo razonable que permite una adecuada ponderación de la decisión.

Por último, en Bélgica *la Loi relative à la procréation médicale-assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes*, de 6 de julio de 2007, también permite la fecundación post mortem. El artículo 2 contiene un elenco de definiciones entre las que se encuentra precisamente la «implantación *post mortem*» y la «inseminación *post mortem*». Por su parte, los artículos 15 y 16 regulan la implantación post mortem de embriones crioconservados<sup>58</sup> mientras que para el caso de los gametos hemos de remitirnos a los artículos 44 y 45 de la ley<sup>59</sup>. La diferencia más reseñable respecto la ley española es que la ley belga reconoce una especie de «período de reflexión», en el sentido de que podrá practicarse la fecundación *post mortem* a partir del sexto mes desde el deceso de la pareja, y como muy tarde hasta el segundo año a contar desde el fallecimiento.

Francia, Italia y Alemania prohíben la reproducción asistida *post mortem*. En Italia se aplica la *Legge 19 febbraio 2004, n. 40. «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*. El artículo 1 de la norma italiana sólo permite el recurso a estas técnicas, en caso de esterilidad o infertilidad, a las personas que contemplan el artículo 5, es decir, personas mayores de edad, casadas o

<sup>58</sup> Section 4. *Implantation post mortem d'embryons surnuméraires.*

Artículo 15. *Dans l'hypothèse où les auteurs du projet parental avaient cryoconservé des embryons surnuméraires en vue d'un projet parental ultérieur et pour autant qu'ils l'aient expressément prévu dans la convention visée aux articles 7 et 13 de la présente loi, l'implantation post mortem d'embryons surnuméraires est possible.*

Artículo 16. *Il ne pourra être procédé à l'implantation post mortem qu'au terme d'un délai de six mois prenant cours au décès de l'auteur du projet parental et, au plus tard, dans les deux ans qui suivent le décès dudit auteur. Toute disposition conventionnelle contraire à l'alinéa 1er de cet article sera nulle de plein droit.*

Section 5. *Insémination post mortem de gamètes surnuméraires.*

<sup>59</sup> Artículo 44. *Dans l'hypothèse ou le cas où la personne qui a sollicité la cryoconservation avait conservé des gamètes surnuméraires en vue d'un projet parental ultérieur et pour autant qu'elle l'ait expressément prévu dans la convention visée aux articles 7 et 42, l'insémination post mortem de gamètes surnuméraires est licite.*

Artículo 45. *Il ne pourra être procédé à l'insémination post mortem qu'au terme d'un délai de six mois prenant cours au décès de la personne qui a sollicité la cryoconservation et, au plus tard, dans les deux ans qui suivent le décès de cette personne. Toute disposition conventionnelle contraire à l'alinéa 1er de cet article sera nulle de plein droit.*

convivientes (heterosexuales en ambos casos), que estén vivas. Además, impone sanciones pecuniarias bastante elevadas (entre 200.000 a 400.000 euros), a quienes apliquen las técnicas a parejas cuyos miembros no estén vivos.

En Francia hemos de remitirnos al *Code de la Santé Publique*, en concreto, su artículo L.2141.2<sup>60</sup>. Igual que Italia sólo se permite el recurso a las TRA en caso de infertilidad de la pareja, que ha de ser diagnosticada médicamente, aunque la legislación francesa también precisa que se podrán utilizar para evitar la transmisión de una enfermedad grave. Además, se exige como requisito que ambos miembros de la pareja estén vivos, ya que en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, no se podrán utilizar las TRA. El Código Civil francés también recoge la prohibición en su artículo 311-20, de forma tácita<sup>61</sup>.

Por su parte Alemania, en el párrafo 4.º de la Ley sobre protección de embriones, de 13 de diciembre de 1990, castiga con pena de prisión hasta tres años o con pena de multa, a quien fertilice a sabiendas el óvulo con el semen del hombre fallecido.

### 3.2 LOS REQUISITOS

Los requisitos necesarios para que la mujer pueda utilizar el material reproductor de su pareja fallecida son:

- a) El primero y más obvio, la muerte o declaración de fallecimiento del hombre.
- b) El consentimiento del varón fallecido: dada la importancia que reviste éste, le dedicaremos un epígrafe específico.
- c) Que se utilice el material reproductor de la pareja fallecida: aquí podemos diferenciar dos situaciones distintas. La primera que en el momento del deceso dicho material estuviera crioconservado, la segunda que no lo estuviera pero el hombre hubiera previsto para el caso de su fallecimiento la extracción del mismo, para la posterior inseminación de la mujer<sup>62</sup>. Sin embargo, nos deberemos

<sup>60</sup> <http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665> [Fecha de consulta: 7 de junio de 2015].

<sup>61</sup> [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=2C26734C53FD17FC8E97730BAE891F6E.tpdila08v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150522&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150909](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=2C26734C53FD17FC8E97730BAE891F6E.tpdila08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150522&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150909) [Fecha de consulta: 7 de junio de 2015].

<sup>62</sup> En este segundo supuesto se habla de espermatozoides testiculares o epididimarios que no han sido eyaculados, pero aunque las características y calidad sea diferente de los eyaculados, se entiende que los resultados reproductivos son los mismos. Por lo que respecta al tiempo que permanecen vivos los espermatozoides de un varón muerto, se describen casos en los que se han encontrado aún después de tres días fallecido, véase OCHOA MARIETA, C., «Artículo 9. Premoriencia del marido. Comentario científico», *Comentarios*

cuestionar si es posible hablar de reproducción asistida *post mortem* en caso de que se use semen de un donante anónimo, pero habiendo existido el consentimiento de la pareja para ello.

d) Que se realice el proceso de la fecundación en un plazo de tiempo concreto.

a) *La muerte o declaración de fallecimiento*

Éste es el primer requisito para poder hablar de reproducción asistida *post mortem*. El artículo 9 habla de fallecimiento, sin embargo, también podría darse en caso de declaración de fallecimiento de la pareja de la mujer. En este sentido, Alkorta Idiakez mantiene que bastará presentar el certificado de la inscripción del deceso o, el auto de la declaración de fallecimiento y, si en este último supuesto, apareciera posteriormente el declarado fallecido, no podría impugnar su paternidad alegando que sólo consintió el uso de su material reproductor en caso de fallecimiento<sup>63</sup>.

b) *El uso del material reproductor de la pareja*

La dicción literal del artículo 9 LTRHA, por lo que respecta a este inciso o expresión, se ha prestado a diversas dudas interpretativas. En primer lugar, qué se entiende por «material reproductor», y en segundo lugar, si podría considerarse que tiene cobertura bajo dicho precepto la inseminación de la mujer con semen de un donante, una vez fallecida la pareja de la mujer pero habiendo prestado su consentimiento previo. Recordemos que el artículo 9.2 LTRHA manifiesta que «el marido podrá prestar su consentimiento (...) para que su material reproductor pueda ser utilizado (...)».

En lo atinente a la primera de las cuestiones, es decir, qué se entiende por material reproductor, en principio, y de la interpretación literal del artículo podría considerarse que únicamente se haría referencia al semen o los gametos del fallecido. La doctrina mayoritaria, no obstante, propugna por una concepción más amplia de dicho término e incluye el embrión. De este modo, Jiménez Muñoz manifiesta que «éste constituye el mínimo componente reproductor a tener en cuenta, en el sentido de que habrá que entender incluido también el embrión creado a partir del semen del marido y del ovocito de la mujer»<sup>64</sup>. Es decir, que incluso los preembriones

*científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 124.

<sup>63</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica...*, op. cit., p. 372.

<sup>64</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida...* op. cit., p. 79. Otros de los argumentos que se han dado para entender incluido el preembrión es la interpretación conjunta de

que se han obtenido de la fecundación «in vitro», podrían ser crioconservados, para que dentro del plazo que marque la ley, la mujer pueda recurrir a ellos para la gestación<sup>65</sup>.

Sin embargo, hay autores que abogan por un significado más restrictivo, y por tanto, no entienden incluidos a los preembriones. Martínez de Aguirre, por ejemplo, señala que la dicción literal del artículo 9 LTRHA no incluye a los embriones como material reproductor, «material cuya utilización es consentida a efectos de su empleo en la fecundación de la mujer (artículo 9.2), expresión que implica claramente que esa fecundación todavía no se ha producido, mientras que en el caso de los embriones es claro que la fecundación ya ha tenido lugar, y en vida del varón»<sup>66</sup>.

Otra cuestión que considero especialmente relevante, es si cabe la posibilidad de entender bajo el amparo del artículo 9 la fecundación de la mujer con material reproductor de un donante, para el caso del fallecimiento de su pareja, pero habiendo prestado éste el consentimiento para ello. La respuesta que se dé a esta cuestión es sumamente importante a efectos prácticos, porque permitirá la reproducción asistida *post mortem* en caso de parejas de mujeres y en caso de una pareja heterosexual determinará la filiación paterna. Pues bien, la doctrina mayoritaria aboga por no considerar encuadrable el recurso al material reproductor de un donante en el artículo 9 LTRHA, porque el precepto es claro y únicamente habla del marido<sup>67</sup>, aunque hay alguna voz en contra que sí propugna por

---

la ley. DÍAZ ROMERO, M.<sup>a</sup> R., *Técnicas de reproducción asistida y filiación...*, op. cit., p. 1689. También son partidarios de esta consideración: ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica...*, op. cit., p. 372; LÓPEZ PELAEZ, P., *Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem...*, op. cit., p. 118. SERRANO ALONSO, E., «El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem», *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco*, Trivium, Madrid, 1988, p. 378. VIDAL MARTÍNEZ, J., «La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español», *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1998, p. 113.

<sup>65</sup> CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., «La protección de la vida prenatal en el ordenamiento español: del *Nasciturus* al *Moriturus*», *Estudios jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 539 y 540 en la nota 46, pone de manifiesto como esta situación no ha sido contemplada por el legislador, lo que ha provocado un vacío legal que impide la solución de determinadas cuestiones «que se suscitan en este caso en el que progenitor, si bien prestó su consentimiento a la concepción para la subsiguiente crioconservación, no lo hizo en orden a la posterior transferencia del embrión al útero de la mujer. Partiendo de tal premisa fáctica, por consiguiente, inicialmente queda sin resolver la cuestión del derecho que le asiste a la mujer que demanda la solicitud de la implantación del embrión, así como los posibles derechos sucesorios del hijo nacido sobre la herencia del progenitor».

<sup>66</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida», *El juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 295.

<sup>67</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida...* op. cit., pp. 103 y 104. INIESTA DELGADO, J. J., *La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida...*, op. cit., pp. 841 y 842.

permitir esta posibilidad, Fernández Campos es una de esas voces discrepantes, para el que este supuesto no sería descartable ya que «la motivación que lleva a solicitar la fecundación *post mortem* no es tanto, o no tan sólo, tener un hijo biológico del marido, cuanto dar cumplimiento al proyecto vital de la pareja de tener un hijo venciendo las dificultades y obstáculos naturales que lo impedían (la propia esterilidad del marido)»<sup>68</sup>.

No obstante, tal y como está planteada la ley y de la dicción literal del precepto parece claro al hablar de material reproductor del marido, al menos de momento no se podría aplicar esta posibilidad.

c) *El plazo para el uso del material reproductor*

La LTRA de 1988 señalaba como plazo para utilizar el material reproductor del difunto seis meses, espacio temporal relativamente breve, sobre todo si tenemos en cuenta que es una decisión muy importante, que ha de tomarse en las mejores condiciones psicológicas posibles. La LTRHA de 2006 lo amplió a 12 meses, lo que ha sido alabado unánimemente por la doctrina, ya que la mujer después del fallecimiento de su pareja puede no encontrarse en las condiciones psicológicas más adecuadas, para tomar una decisión de este tipo<sup>69</sup>. La finalidad del mismo es evitar que el plazo de pendencia o yacencia de la sucesión sea excesivamente largo, y así no perjudicar los intereses o los derechos hereditarios de terceras personas, tales como otros legitimarios, herederos, incluso acreedores del fallecido.

Sin embargo, existe un sector que considera que todavía puede ser demasiado corto, ya que si se pudiera prorrogar el plazo se podría adoptar una decisión que fuera madurada lo suficientemente y, no se limitaría el tiempo disponible para alcanzar el alumbramiento del hijo. Fernández Campos propone alternativas a lo establecido en el artículo 9 de la ley. Así, por ejemplo, señala que la viuda podría tomar la decisión en los 6 meses siguientes al fallecimiento, y que la fecundación se produjera en los 12 meses siguientes a la decisión de la mujer<sup>70</sup>. Este plazo se considera de caducidad, por tanto, después de transcurrido el mismo no podrá utilizarse el material reproductor<sup>71</sup>. ¿Qué ocurre si transcurrido el plazo marcado por la ley se produce el uso del material reproductor o la transferencia del preembrión? Pues bien, la doctrina entiende que

<sup>68</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, p. 322.

<sup>69</sup> LLEDÓ YAGÜE, F., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>70</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, p. 338.

<sup>71</sup> DÍAZ ROMERO, M.<sup>º</sup> R., *Técnicas de reproducción asistida y filiación...*, *op. cit.*, p. 1689.

transcurrido el plazo se extingue el consentimiento, y por tanto, no podrá determinarse la filiación paterna<sup>72</sup>.

### 3.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN

Ya comentamos anteriormente que el artículo 9 LTRHA lleva por título en la norma, «premorienza del marido», lo que no es exacto del todo, porque el texto legal permite el uso de las TRA tanto a las parejas casadas como a las no casadas. Por tanto, no tendría sentido que el régimen general se pudiera aplicar a las uniones de hecho, y sin embargo, no pudieran acogerse a dicha posibilidad en caso de fallecimiento del hombre. Como ahora veremos el ámbito de aplicación de este precepto plantea muchos interrogantes, que desde mi punto de vista, requieren de una precisión legal más precisa.

Lo que sí está claro y no ofrece margen de duda es que no existen restricciones en cuanto al acceso a las TRA en general, ni en particular en caso de fallecimiento de la pareja, a las parejas heterosexuales estén o no casadas. Por lo que respecta a las parejas de personas del mismo sexo hemos de diferenciar el caso de parejas de hombres y de mujeres.

En lo atinente al primer supuesto, es decir, matrimonio o unión de hecho entre dos hombres, aunque se utilizara el material reproductor de uno de ellos, deberían recurrir a los acuerdos de gestación por sustitución, considerados nulos de pleno derecho por el artículo 10 LTRHA, por tanto, no puede contemplarse, por el momento, al menos legamente esta posibilidad, si bien es cierto que en la práctica si se están produciendo casos de gestación por subrogación.

En el supuesto de pareja de mujeres, la consideración es bastante más complicada. Es decir, ¿podríamos hablar de reproducción asistida *post mortem* cuándo la mujer no gestante autoriza, junto con la que va a ser gestante, a que ésta se someta a dichas técnicas, reconozca ante el encargado del Registro Civil que desea que se determine la filiación materna también a su favor, y durante el proceso fallezca? En principio, y si nos atenemos al tenor literal de la ley parece que no, porque ya hemos visto que el artículo 9 no ampara la fecundación con material reproductor del donante, y porque el artículo habla de «marido»<sup>73</sup>. Sin embargo, no acabamos

<sup>72</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida...op. cit.*, p. 79.

<sup>73</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida...op. cit.*, p. 104. Otros autores consideran que se ha de producir una remisión al artículo 7.3 LTRHA. Véase INIESTA DELGADO, J. J., *La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida...*, op. cit., pp. 843.

de ver descabellada del todo esta opción, sobre todo si tenemos en cuenta los últimos pronunciamientos del TS, como el caso de la STS de 15 de enero de 2014<sup>74</sup> sobre la doble filiación materna<sup>75</sup>.

Sin embargo, considero que el legislador en su momento no había previsto las distintas realidades que podrían plantearse en la práctica, relacionadas con la filiación y el derecho a contraer matrimonio. Por tanto, entiendo que existen distintas dudas interpretativas que en futuro podrían ser solucionadas, con una reforma de la filiación que tuviera en cuenta los nuevos modelos familiares presentes en nuestra sociedad.

#### **4. LOS REQUISITOS DE CAPACIDAD DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES**

El artículo 9 LTRHA no establece los requisitos de capacidad de los sujetos intervinientes en los casos de reproducción asistida *post mortem*. Por ese motivo, habremos de remitirnos al régimen general contenido en el artículo 6 LTRHA, relativo a las usuarias de las técnicas, para la mujer receptora del material genético o del preembrión. Es decir, que la mujer habrá de tener 18 años y capacidad de obrar. Por lo que respecta, a la pareja de la mujer, en principio, si es mayor de edad y en él no concurre ningún tipo de discapacidad incapacitante, podrá prestar el consentimiento libremente.

A pesar de que la ley es más o menos clara en este aspecto, es conveniente realizar determinadas puntualizaciones en dos supuestos: *a)* en el caso de las personas con discapacidad; *b)* los menores de edad.

Por lo que respecta a las personas con discapacidad, en los últimos años hemos visto una transformación de los diversos modelos de conceptualización de la misma, en el que hemos pasado de un modelo médico, a un modelo social, hasta la forma de ver la discapacidad en la actualidad, como una cuestión de derechos humanos<sup>76</sup>. Esta evolución en su concepción ha incidido de forma directa en la normativa de nuestro país, reforzada por la promulgación de la Convención de los Derechos de las Personas con Disca-

<sup>74</sup> RJ 2014\1265

<sup>75</sup> Sí permiten esta posibilidad el ordenamiento jurídico inglés y el holandés. Véase en este sentido RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., *Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España...*, *op. cit.*, p. 97, notas 19 y 20.

<sup>76</sup> Para analizar el concepto de discapacidad, tipología y su evolución puede verse: JIMÉNEZ LARA, A., «Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes», *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 177 a 205.

pacidad, de las Naciones Unidas, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006<sup>77</sup>. La ratificación de este texto normativo ha hecho que los países firmantes hayan tenido que modificar su legislación, para adaptarse a las directrices y principios que determina la Convención. España así lo ha hecho a través de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (*BOE* núm. 184, de 2 de agosto de 2011).

Esta norma ha incidido entre otros ámbitos en el campo del Derecho Sanitario, y ha modificado entre otras normas la LTRHA, con la finalidad de reforzar el requisito de la información y el medio por el cual las personas con discapacidad han de recibir la misma. En este sentido, se han modificado los arts. 5 y 6 de la LTRHA. El artículo 5.4 dispone: «El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad». Por su parte, el artículo 6.4 en la actualidad señala: «La información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad». Por otro lado, el «Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social» (*BOE* núm. 289, de 3 de diciembre de 2013) incide en la accesibilidad, para que las personas con discapacidad reciban la información pertinente, con la finalidad de que puedan adoptar las decisiones que les afecten. El artículo 6 que lleva por rúbrica «Respeto a la autonomía de las personas con discapacidad» señala: «1. El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

2. Las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles.

---

<sup>77</sup> Publicado el Instrumento de ratificación de la Convención en el *BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2006.

En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones»<sup>78</sup>.

Por otro lado, la discapacidad sabemos que puede ser física, psíquica o sensorial. En principio la física y la sensorial no tienen por qué afectar a la capacidad intelectual y volitiva de la persona. El problema radicará en el segundo supuesto, es decir, en caso de discapacidad de tipo psíquico. En los últimos años, se ha producido un cambio de paradigma que propugna por una mayor consideración de la persona con discapacidad en la toma de decisiones que le afecten. Por tanto, si una persona no ha estado sometida a un proceso de incapacitación, regulado en los artículos 199 y siguientes del Cc, en el que exista una sentencia que restrinja su capacidad, hemos de entender que esa persona puede tomar las decisiones que le afecten, tanto en su esfera personal como patrimonial. Si existiera una sentencia, deberíamos atender al contenido y alcance de la misma para poder determinar si tiene o no capacidad para tomar decisiones en este ámbito. Por este motivo, tal y como sostiene Jiménez Muñoz, salvo que exista una sentencia de incapacitación que limite la capacidad de la mujer, como consecuencia del carácter personalísimo que tiene el consentimiento, ha de ser ella la que preste el consentimiento, sin que quepa la prestación por su representante legal<sup>79</sup>. Esta afirmación se aplicará tanto para el hombre que decide crioconservar su material reproductor, como para la pareja receptora. En este sentido, si tienen suficiente capacidad para entender el alcance y las implicaciones de esta actuación, aunque tengan una discapacidad psíquica, podrá tener efectos la reproducción asistida *post mortem*. En caso contrario podríamos estar vulnerando el artículo 12 de la Convención, pilar clave en materia de la toma de decisiones personales de la persona con discapacidad<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Por su parte, el artículo 10 del mismo texto legal dispone en su párrafo primero que: «Las personas con discapacidad tienen derecho a la protección de la salud, incluyendo la prevención de la enfermedad y la protección, promoción y recuperación de la salud, sin discriminación por motivo o por razón de discapacidad, prestando especial atención a la salud mental y a la salud sexual y reproductiva». En este sentido, entendemos que bajo el amparo de este derecho se incluye también el acceso a las TRA.

<sup>79</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «Actuaciones sanitarias, consentimiento de la persona con discapacidad incapacitada y papel del guardador legal», *RCDI*, n.º 744, 2014, p. 1594.

<sup>80</sup> 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por lo que respecta a los menores de dieciocho años la cuestión es compleja. En principio, la mujer menor de edad no podrá ser usuaria de las TRA, hasta que alcance la mayoría de edad (artículo 6 LTRHA). Por lo que respecta al hombre, el artículo 5 LTRHA regula los requisitos que han de tener los donantes de gametos y preembriones. El apartado sexto señala que estos han de tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Por tanto, ¿este es el precepto que hemos de aplicar por lo que respecta al marido o conviviente de hecho de la mujer? El artículo 9 LTRHA sólo señala que deberá prestar el consentimiento el marido de la mujer o el conviviente de hecho, y en la actualidad, en nuestro ordenamiento jurídico se permite contraer matrimonio a partir de los 16 años. Sin embargo, la doctrina en este sentido diferencia dos situaciones:

- a) El consentimiento que se presta para consentir a la fecundación.
- b) El momento en que el marido o pareja pueda depositar su semen para la fecundación.

En el primer supuesto, se entiende que se puede realizar un consentimiento anticipado durante los 14 a los 18 años (aunque ahora debemos interpretar los 14 años como 16). Mientras que en el segundo caso, no será hasta que alcance la mayoría de edad cuando pueda depositar su esperma, para que se puedan aplicar las TRA<sup>81</sup>.

Antes de finalizar con este apartado quiero dejar apuntada una cuestión. En este sentido, opino que existe una discordancia entre el reconocimiento a poder ser madre recurriendo a las TRA y, la decisión de no serlo una vez que la mujer se queda embarazada, obviamente siempre que se cumplan los requisitos contenidos en la Ley

---

4. *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*

5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

<sup>81</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida...* op. cit., p. 86. Ya lo ponía de manifiesto con la ley anterior: LÓPEZ PELÁEZ, P., *Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem...*, op. cit., p. 119.

Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm. 55 de 4 de marzo de 2010)<sup>82</sup>.

Por tanto, a partir de los 16 años se puede interrumpir el embarazo. Abortar también requiere de una toma de decisión muy meditada, la discordancia que vemos es que para ser madre por TRA se requiera la mayoría de edad, sin el uso de las TRA no hay un límite obviamente, mientras que para no serlo sólo los 16 años. Aunque también somos conscientes que no habrá muchas mujeres menores de 18 años que quieran ser madres mediante TRA.

No cuestionamos qué edad es la más idónea, porque obviamente el legislador ha de ofrecer cierta seguridad jurídica y, las decisiones que se tomen en este ámbito van a tener importantes repercusiones. No obstante, esta disparidad de criterios aporta mayores dudas interpretativas, y podríamos plantearnos si sería idóneo intentar buscar un mayor acercamiento entre las soluciones que prestan las normas mencionadas.

## **5. EL CONSENTIMIENTO EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA *POST MORTEM***

### **5.1 EL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO O DE LA PAREJA: CUESTIONES GENERALES**

Para que la mujer pueda inseminarse con el material reproductor del fallecido, en sentido estricto, o que se produzca la transferencia del preembrión, es necesario que el hombre hubiera manifestado su consentimiento para tal efecto, siempre que reúna una serie de formalidades. En este sentido, podemos considerar que el consentimiento del varón es el requisito más importante para que su pareja pueda tener descendencia común póstuma, o como se denomina por la doctrina un «hijo superpóstumo». El consentimiento que debe dar el hombre ha de ser para la fecundación de una mujer determinada (su pareja), no cabiendo consentimientos genéricos. Tal y como señala Rivero Hernández «el consentimiento para la fecundación *post mortem* tiene no sólo la trascendencia de la autorización para su uso después del fallecimiento del que lo da, sino que es la expre-

---

<sup>82</sup> Hemos de tener presente que esta norma ha sido modificada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo que exige para las mujeres de 16 años, además, de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de las personas que ostenten la patria potestad.

sión del elemento volitivo presente en todo acto de procreación, y trascendente a efectos de la atribución de paternidad»<sup>83</sup>.

Como veremos a continuación, al analizar los pronunciamientos judiciales que han recaído sobre este requisito, podemos ver cómo es tal la importancia que le otorga la ley, que si no se presta de forma expresa y concreta, la mujer no podrá recurrir al material genético una vez fallecido su marido o pareja.

Por otro lado, hemos de precisar que el artículo 9.3 cuando habla de varón no unido por vínculo matrimonial, ha de referirse a la pareja de hecho, y aunque no se establezcan requisitos específicos para él, se le han de aplicar los mismos que al marido.

El artículo 9.2 LTRHA establece en su primer párrafo la necesidad de un consentimiento expreso para la inseminación artificial de la mujer, mientras que el segundo contiene una presunción *iuris tantum*<sup>84</sup> de otorgamiento del mismo, cuando la viuda ha iniciado un proceso de reproducción asistida, para la transferencia de preembriones que se han constituido con anterioridad a la muerte. Por tanto, podemos ver cómo se atenúa la exigencia del consentimiento en este último supuesto. La explicación que ha dado la doctrina al respecto se basa en que en el primer supuesto sólo existe el material reproductor del hombre, mientras que en el segundo ya está constituido el preembrión, por lo que sería un caso de concebido y no nacido *in vitro*, y por tanto, un interés digno de proteger<sup>85</sup>. No obstante, considero interesante la cuestión planteada por Fernández Campos que se pregunta si era evidente la voluntad del marido de que dicha transferencia se realizara también después de su muerte. La respuesta que da es que no lo parece o al menos de forma clara, y considera dos opciones, una que el legislador lo que está haciendo es proteger al embrión, y por tanto, facilitar su transferencia. La segunda es entender que lo que se pretende es permitir a la viuda «culminar un proyecto de vida compartido»<sup>86</sup>.

Por otro lado, hemos de cuestionarnos cuál es el alcance del consentimiento del marido o conviviente. El marido ha podido

<sup>83</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La fecundación artificial post mortem...*, *op. cit.*, p. 886.

<sup>84</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida...* *op. cit.*, p. 91.

<sup>85</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., *Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España...*, *op. cit.*, p. 108.

<sup>86</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, p. 331. Por su parte, ZURILLA CARIÑANA, M.<sup>a</sup> A., «La influencia de las reformas legislativas sobre reproducción asistida y en el derecho matrimonial en el ámbito de la filiación», *Familia y Discapacidad*, S. Alabart Díaz (coord.), Reus, Madrid, 2010, pp. 265 y 266 señala que en la mente del legislador se encontraba la diferencia entre ambos supuestos, porque en la inseminación *post mortem* se reclama el uso del material genético del marido, mientras que en el segundo supuesto «se demanda la implantación de seres humanos en el estadio más temprano de su existencia: la fecundación ya ha tenido lugar. En atención a esta circunstancia entendemos que el legislador ha querido otorgar un «plus» de protección».

prestar el mismo únicamente para la crioconservación de su material genético, por si en un futuro desea tener descendencia, o bien para usos investigadores, sin hacer mención expresa a la fecundación de su mujer. En este sentido, hemos de entender que si no ha reconocido expresamente este destino, la mujer no podrá utilizar el semen del fallecido para inseminarse. Cuestión distinta es que si lo preste para esta finalidad, es decir, para tener descendencia póstuma. Para este supuesto, ¿es necesario un único consentimiento o bien uno para autorizar la reproducción asistida *post mortem* y otro para el reconocimiento de la paternidad? Pues bien, aquí hay dos líneas de opinión: la de que quienes consideran que es necesaria la presencia de dos consentimientos y la de quienes opinan que con la manifestación de la autorización para el uso del material genético, ya se darán los efectos de la filiación. En este sentido, comparto la opinión de Jiménez Muñoz quien manifiesta que «no creemos que deba concurrir aquí un doble consentimiento, sino que más bien, una vez prestado el consentimiento, tendrá un doble efecto (requisito para proceder a la aplicación de las técnicas, y para atribución de la filiación), y ello porque ambos efectos irán vinculados: el varón podrá consentir para la aplicación *post mortem* de las técnicas o no, pero si lo hace lo hará para todos los efectos, y así no cabe un consentimiento para la aplicación de las técnicas tras su fallecimiento pero no para que se le atribuya la filiación paterna del hijo que nazca»<sup>87</sup>. Sobre todo, si la pareja ha tenido más hijos, porque en este sentido desde nuestro punto de vista, se estaría discriminando al hijo *superpóstumo*, atentando contra los artículos 14 y 39 de la Constitución.

## 5.2 LA FORMA DEL CONSENTIMIENTO

El artículo 9.2 es claro y señala que el marido puede prestar su consentimiento en el documento previsto en el artículo 6.3 LTRHA; en escritura pública, en testamento y en el documento de instrucciones previas, para que en caso de su fallecimiento su mujer pueda ser fecundada con su material reproductor. Por tanto, es necesario que conste de forma fehaciente en algunos de estos instrumentos. Esta posibilidad ha sido ampliada respecto la LTRA de 1988 que únicamente contemplaba la escritura pública o el testamento. Por tanto, podemos ver cómo se ha flexibilizado el requisito de la forma, al no requerirse con la ley actual un documento en el que intervenga necesariamente un fedatario público. Es tal la importan-

<sup>87</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida...op. cit.*, p. 84.

cia de su voluntad para la generación posterior a su muerte, que el consentimiento es personalísimo y, por tanto, no cabe suplirlo ni por el juez, ni por los familiares del fallecido (en el caso Parpalaix, recordemos que uno de los motivos por los que el juez falló a favor de la mujer, era porque los padres respaldaban su decisión).

La jurisprudencia menor ha tenido ocasión de pronunciarse en materia de consentimiento en los casos de reproducción asistida *post mortem*, y toda en la misma línea como ahora veremos.

Importante e interesante es el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.<sup>a</sup>) de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001\183), por la fundamentación jurídica que realiza sobre la materia que estamos analizando, aunque fue dictado antes de la actual LTRHA. Los hechos que dan lugar a la resolución son los siguientes: con fecha de 22 de noviembre de 1999, el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 3 de Ferrol autoriza la inseminación de una viuda, con el semen de su difunto esposo, que se encontraba depositado en el Banco del Semen del Hospital Clínic de Barcelona (en este caso, tanto los padres del fallecido, como su hermana respaldaban la decisión de la viuda). El Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación por cuestionar la legalidad de dicha autorización, ya que no se había prestado por el marido tal consentimiento. Antes de entrar a la resolución del caso, la AP señala dos cuestiones previas: 1.<sup>a</sup> La LTRA de 1988 permite el uso de las TRA a la mujer que no ha contraído matrimonio. 2.<sup>a</sup> La STC de 17 de junio de 1999 señala claramente que la familia que protege la Constitución no es exclusivamente la matrimonial.

Entrando ya en el supuesto planteado, es decir, si cabe la inseminación de la viuda con el semen de su marido, la AP señala cuáles son los requisitos necesarios según la ley. Posteriormente, parte de la base que la argumentación que realiza el JPI no puede aceptarse porque éste entiende que la regulación contemplada en el artículo 9, sólo se aplica para declarar la filiación, no para autorizar la inseminación una vez fallecido el varón. Y según la AP no es eso lo que se interpreta de dicho precepto, ya que exige el consentimiento exteriorizado para que el material reproductor pueda ser utilizado por la viuda y, entonces es cuando quedaría determinada la filiación como consecuencia del consentimiento. Si se aplicara la fundamentación del JPI «llevaría a situaciones paradójicas como las relativas a que pese a la constancia de que biológicamente se diera a luz a un hijo con el material genético del cónyuge fallecido, y así resulta expresamente de la resolución judicial apelada que autoriza la inseminación, sin embargo no sería legalmente su hijo, los hijos que tuviera su progenitor biológico de otra

relación no serían legalmente sus hermanos, podría contraer matrimonio con éstos, carecería de derechos hereditarios, conocería quién es su padre biológico, y así se deduciría de una resolución judicial, y sin embargo no podría utilizar sus apellidos en otras situaciones semejantes» (FJ 5.º). A continuación, matiza que si se siguiera la interpretación del tribunal a quo, podría producirse incluso la situación en la que aun habiendo exteriorizado el cónyuge premuerto su voluntad de que su mujer no se inseminase con su semen, se pudiera autorizar si se entiende que el consentimiento lo es sólo a efectos de determinación de la filiación. Por tanto, no puede permitirse que se utilice el material genético identificado y que no se determine la filiación.

Por último, matiza que «es una aspiración humana atendible utilizar *post mortem* el semen de la pareja premuerta, y la Ley confiere expresamente tal posibilidad, ahora bien la condiciona a unos requisitos que, en este caso, no han sido observados, y que no pueden, en consecuencia, ser suplidos mediante el consentimiento de los parientes más próximos o una autorización judicial, al exigirse a tal efecto la expresión de un consentimiento de naturaleza personalísima, y sobre el cual debió ser informado el cónyuge premuerto al someterse a la extracción correspondiente para el depósito de semen» (FJ 6.º). Por tanto, la AP estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y, revoca el auto dictado por el JPI<sup>88</sup>.

Posteriormente a este caso, otro Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la autorización o no a la viuda, con el semen de su esposo fallecido. Estamos refiriéndonos al Auto del JPI n.º 17 de Valencia, de 29 de octubre de 2004 (AC 2005\952). En este asunto en concreto, el fallecido había depositado su semen en el Hospital La Fe, de Valencia, por el tratamiento oncológico que recibía. El fallecido había realizado testamento notarial, pero no se incluía ninguna cláusula relativa al destino de su material genético. Como consecuencia de este hecho, el JPI considera que no procede la autorización, y menos aún complemento judicial de capacidad, porque ésta no existe. En el FJ 3.º del auto se señala que: «acto esencialmente

---

<sup>88</sup> Este auto ha sido comentado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Reproducción asistida *Post Mortem*», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 8/2001, parte Tribuna, 2001, versión electrónica, BIB 2001\741. Aunque considera acertada la argumentación jurídica que realiza la AP manifiesta que «Pero no deja de ser duro, y quizá en algún grado excesivo, el resultado al que se llega en el Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña. Produce desazón que esa viuda no pueda tener un hijo de su marido fallecido porque –lo más seguro– ni él ni ella pensaron que ese fallecimiento pudiera producirse tan pronto, y, por ello, el marido no prestó el consentimiento en la forma debida» (p. 2/2 de la versión electrónica). En lo atinente al ámbito judicial, en el mismo sentido resolvió el auto de la AP de Barcelona (Sección 12.ª), de 16 de septiembre de 2004 (JUR 2004\292813).

personalísimo, cual es la decisión de la procreación, y tal no puede ser en ningún caso completada, en casos de limitación de la capacidad de obrar, menos aún suplida en casos de ausencia de capacidad jurídica. El artículo 9 de la Ley que se cita, resulta clarificador en, punto a la virtualidad de la inteligencia que se expone, en cuanto que a los efectos de la filiación que se impetran es el varón quien debió exteriorizar su voluntad en instrumento fehaciente, pues en otro caso en modo alguno han de poder venir a desenvolverse tales efectos».

También considera que no puede suplirse el consentimiento del fallecido mediante autorización judicial el auto de la AP de Barcelona (Sección 12.<sup>a</sup>) de 17 de mayo de 2011 (AC 2011\1256), porque el mismo no se había prestado en ninguno de los instrumentos que menciona el artículo 9 LTRHA, ni constaba el material genético del hombre en el útero de la mujer. Aunque el semen de su pareja estuviera depositado en el Banco de Sangre y Tejidos de Barcelona, los requisitos del citado precepto no pueden ser sustituidos por los testimonios de familiares.

El auto de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.<sup>a</sup>) de 2 de junio de 2010 (AC 2010\1755) deniega la autorización judicial para que la apelante se inseminara con el material reproductor de su marido fallecido, que estaba depositado en la unidad de reproducción asistida del Hospital Clínico de Canarias. La Audiencia es clara y señala que la autorización del marido para consentir dicha inseminación «es personalísima, sin que pueda ser suplida por nadie, menos aun cuando ya se ha extinguido la personalidad civil por la muerte de la persona (artículo 32 del Código Civil), y formal, sin que quepa ser suplida por otras pruebas documentales o testificales» (FJ 2.<sup>o</sup>). Manifiesta que una carta con fecha de mayo de 2008, mecanografiada y firmada por el marido fallecido, su madre y su hermana no puede considerarse documento público, testamento, ni instrucciones previas.

Por su parte, el auto de la AP de Barcelona (Sección 18.<sup>a</sup>) de 12 de julio de 2011 (JUR 2011\373587) da lugar al recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del JPI n.º 2 de Rubí de 15 de septiembre de 2009 por parte de una mujer, porque se le denegaba la autorización judicial para inseminarse con semen de su pareja, ya que el JPI entiende que el consentimiento no se prestó ni en escritura pública, ni testamento ni en el documento de instrucciones previas. La AP trae a colación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de septiembre de 2007, y acaba resolviendo a favor de la mujer, considerando que es suficiente el consentimiento otorgado por el hombre en docu-

mento sanitario (junto con los testimonios de testigos, amigos, padres y hermano), así que concede la autorización para la inseminación.

Por lo que respecta al consentimiento, el auto del JPI n.º 4 de Valladolid de 12 de diciembre de 2007 (AC 2011\553), en el FJ 1.º pone de manifiesto la importancia del consentimiento expreso en los siguientes términos: «en efecto, por un lado, y desde el punto de vista personal, sin una voluntad expresa es extremadamente difícil saber si la persona ya fallecida hubiera querido que naciera un hijo suyo al que nunca podría criar o conocer; desde el punto de vista legal y económico, las consecuencias en materia sucesoria son inmediatas y directas para sus herederos, instituidos en disposición testamentaria o por medio de sucesión intestada». En el FJ 2.º sigue manifestando por lo que respecta al artículo 9 que «lo que sí es cierto es que tal vez no sea afortunada la redacción del consentimiento informado elaborado por las autoridades sanitarias, pues ante esa previsión legal, debería el marido ser expresamente preguntado sobre esta cuestión, de forma que en todo caso existiese un pronunciamiento que evitase un supuesto como el que nos ocupa en el que nunca se le ha preguntado, por lo que no sabemos qué querría él realmente o, lo que es peor, aunque se llegue a la conclusión de que hubiese deseado autorizarlo, se haya de rechazar la petición formulada por no haberse dado cumplimiento a unas determinadas formalidades que probablemente nunca conoció». Considera la AP que como no constaba el consentimiento para que se usara su material genético después de su fallecimiento, ni existían preembriones constituidos anteriores al mismo, no puede otorgar la autorización para la fecundación.

En lo atinente a los instrumentos que reconoce el artículo 9 LTRHA, a pesar de que considero acertada la opción del legislador de ampliarlos respecto a la LTRA anterior, debido a las dudas interpretativas generadas con ésta última, podría haber precisado un poco más este apartado.

La doctrina se cuestiona por lo que respecta al testamento, si sólo son válidos los testamentos notariales, o si por el contrario, tiene cabida también el testamento ológrafo. En principio, como no señala nada la ley, hemos de entender que también valdría el mismo, porque como sabemos una vez que se descubre debe protocolizarlo y averizarlo un notario (arts. 689 y siguientes del Cc)<sup>89</sup>. El proble-

<sup>89</sup> Considera que puede prestarse el consentimiento en cualquier tipo de testamento: GÁMIZ SANFELIU, M., *Reflexiones sobre la fecundación post mortem...*, *op. cit.*, p. 11/26 de la versión electrónica. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Problemas jurídicos derivados del consentimiento...*, *op. cit.*, p. 296. VIDAL MARTÍNEZ, J., *La regulación de la reproducción*

ma que tiene este testamento es su plazo de caducidad, por tanto, si el testador señaló expresamente su consentimiento para la fecundación *post mortem*, pero no informó de su existencia, puede transcurrir el plazo de un año previsto en la LTRHA sin ser descubierto, y por tanto, la viuda ya no podrá recurrir a las TRA por haber caducado. Además, no hay una garantía certera sobre si el consentimiento se prestó libremente. Estos inconvenientes no se presentan, obviamente, con el testamento notarial, ya que otorga una mayor seguridad jurídica al intervenir un Notario, que puede explicar con claridad los efectos jurídicos de la prestación del consentimiento.

En cuanto al documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas, hemos de precisar que es un instrumento útil, porque evita que los familiares de las personas que no pueden decidir, debido a su estado de salud, tengan que tomar decisiones sumamente difíciles. No obstante, a pesar de los aspectos positivos que reporta el mismo, no se realizan muchos en la práctica<sup>90</sup>. En el ámbito estatal, se regula en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>91</sup>. No obstante, las Comunidades Autónomas han legislado sobre los derechos de los pacientes y, entre ellos, la plasmación de su voluntad en este documento<sup>92</sup>. Si analizamos el contenido de

---

*humana asistida...*, *op. cit.*, p. 113. ZURILLA CARIÑANA, M.<sup>a</sup> A., *La influencia de las reformas legislativas...*, *op. cit.*, p. 262.

<sup>90</sup> La mayoría de documentos de instrucciones previas que se realizan los hacen Testigos de Jehová, para señalar que no quieren recibir transfusiones sanguíneas.

<sup>91</sup> BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. El artículo 11 dispone: 1. *Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.*

2. *Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.*

3. *No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la lex artis, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.*

4. *Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.*

5. *Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.*

<sup>92</sup> Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad anticipada de Andalucía. Artículo 15 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón y Ley 10/2011, de 24 de

los preceptos relativos a las instrucciones previas, en ningún caso, se menciona el uso del material genético para la inseminación *post mortem*. La doctrina se ha cuestionado la inclusión de este documento como forma de prestar el consentimiento. A pesar de que se puedan contener disposiciones relativas a la donación de órganos, Rodríguez Guitián considera dudoso que pueda equipararse la previsión de la donación de órganos con la disposición del esperma, dado que tienen naturaleza diferente, ya que éste tiene células que pueden dar lugar a una vida humana<sup>93</sup>. No obstante, hay autores que consideran que entre las indicaciones que puede contener el documento de voluntades anticipadas está el uso *post mortem* del material reproductor, opinión a la que nos adherimos<sup>94</sup>.

Por último, respecto el documento que hace referencia el artículo 6.3 LTRHA, en él se contiene el consentimiento del marido de la usuaria para acceder a las TRA. Lo idóneo es que en dicho documento conste expresamente la opción de manifestar el uso del material reproductor si fallece el marido o pareja de hecho u otros fines, para evitar problemas en el futuro<sup>95</sup>.

En los últimos meses ha vuelto a ser noticia el caso de una viuda que perdió a su marido en un accidente de tráfico, y que desea ser inseminada con el material reproductor de su difunto esposo. En este supuesto, parece ser que el marido había manifestado en reite-

---

marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. Islas Baleares: Ley 1/2006 de 3 de marzo, de voluntades anticipadas. Artículo 34 de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria. Ley 6/2005, de 7 de julio de 2005, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud de Castilla la Mancha; artículo 30 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud; artículo 8 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica. En el País Vasco existe una ley que regula las voluntades anticipadas: Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad. Arts. 17 a 22 de Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura; artículo 5 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los paciente de Galicia; Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad de La Rioja. En Madrid, se regulan en la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente. Navarra: Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. Artículo 45 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana.

<sup>93</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., *Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España...*, *op. cit.*, p. 114.

<sup>94</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o «testamento vital»», *Diario La Ley*, N.º 7334, Sección Doctrina, 3 Feb. 2010, Año XXXI, (*La Ley* 21643/2009), p. 13/34 de la versión electrónica.

<sup>95</sup> La Sociedad Española de Fertilidad en su página web contiene una serie de documentos relativos al consentimiento informado, y en algunos de ellos se hace referencia expresa al uso *post mortem* del material genético.

<http://www.sefertilidad.net/index.php?seccion=biblioteca&subSeccion=consentimientosESP> [Fecha de consulta: 11 de junio de 2015].

radas ocasiones su deseo de ser padre. Dado su fallecimiento repentino está claro que no previó la posibilidad de fecundación *post mortem*. Por tanto, la duda que se nos suscita es si a pesar de la exigencia del consentimiento expreso, cabría la posibilidad de que un juez autorizara la inseminación. Por ejemplo si hubiera indicios claros de cuál era la voluntad del fallecido y en función de las circunstancias del caso, como por ejemplo la causa de la muerte, ya que no es lo mismo una larga enfermedad en la que se podría prever la inseminación *post mortem* que un accidente. Del tenor literal de la ley no lo parece, sin embargo, compartimos la opinión de Fernández Campos el cual es partidario de un consentimiento expreso, pero en caso excepcional, podría admitirse un consentimiento presunto, una vez valoradas las circunstancias del caso, si existen suficientes indicios y si no se ha podido obtener una autorización explícita. Entiende que es difícil admitir una voluntad presunta si se ha podido obtener de forma directa su declaración de voluntad<sup>96</sup>.

### 5.3 LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

El artículo 9.2 *in fine* señala que «El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas». Esta posibilidad también ha provocado dudas interpretativas, porque el precepto no menciona cómo debe realizarse la revocación del consentimiento, ni las distintas situaciones que pueden plantearse en la práctica. Precisamente, uno de los argumentos esgrimidos por los autores que no consideraban admisible la fecundación *post mortem*, ha sido éste, que en el momento en que fallece una persona ya no podrá revocar su decisión<sup>97</sup>. A continuación, vamos a analizar algunos aspectos problemáticos de este precepto.

¿Cabe una revocación en documento diferente a los contenidos en el artículo 9.2 LTRHA, por ejemplo, en documento privado? Pues bien, hay autores que consideran que la revocación no requiere de unos requisitos formales, por tanto, admiten la validez del documento privado<sup>98</sup>. Si se admitiera este supuesto, considero que debería reunir los mismos requisitos que un testamento ológrafo, es decir, autografía, fecha y firma, en caso contrario tenemos nuestras dudas, debido a la facilidad con la que se podría manipular el contenido. Por ese motivo, entiendo junto con Jiménez Muñoz que

<sup>96</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, p. 331.

<sup>97</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., *Técnicas de reproducción asistida y Constitución...*, *op. cit.*, p. 154.

<sup>98</sup> DÍAZ ROMERO, M.<sup>a</sup> R., *Técnicas de reproducción asistida...*, *op. cit.*, p. 1690.

la voluntad revocatoria debería plasmarse ante los mismos instrumentos en los que se otorga el consentimiento, aunque como matiza no es necesario que fuera del mismo grado. Por tanto, un documento de voluntades anticipadas sería suficiente para revocar el consentimiento contenido, por ejemplo, en un testamento notarial<sup>99</sup>. Por su parte, Martínez de Aguirre entiende que como la ley no lo aclara, cabría la regla general de la libertad de forma, pero como puede plantearse problemas de prueba, es aconsejable al menos que se realizase en documento privado. Literalmente este autor señala que «la importancia que la propia ley concede a la voluntad del varón para que se realice la fecundación *post mortem*, parece que debe llevar a entender que siempre que conste de cualquier forma su voluntad contraria a dicha fecundación tal voluntad debe ser jurídicamente relevante a tales efectos»<sup>100</sup>.

No obstante, éste no es el único supuesto que plantea problemas interpretativos, Gámiz Sanfeliu se cuestiona qué ocurriría si una vez que se ha iniciado la fecundación *post mortem* aparece un documento que revoca el consentimiento del hombre. La autora considera que si aparece una vez producida la fecundación, la revocación deviene ineficaz, y por tanto, cumplidos los requisitos del artículo 9.2 ha de determinarse la paternidad y la filiación matrimonial o no matrimonial<sup>101</sup>. Pero, ¿qué ocurriría en el caso contrario? Es decir, que una vez fallecido el marido o compañero, y antes de iniciarse la fecundación apareciera un documento revocatorio del consentimiento. Pues bien, Rodríguez Guitián, en este supuesto, entiende que hemos de acudir al artículo 11 LTRHA que señala los posibles usos que pueden darse a los preembriones y al semen crioconservado, es decir:

1. El uso por la propia mujer o cónyuge.
2. La donación con fines reproductivos.
3. La donación con fines de investigación.
4. El cese de la conservación sin otra utilización.

La autora se plantea quién ha de decidir en este caso: si la pareja, el centro médico o los herederos. De los usos del artículo 11 descarta la primera opción dado que el varón ha revocado su con-

<sup>99</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, *op. cit.*, pp. 91.

<sup>100</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Problemas jurídicos derivados del consentimiento...*, *op. cit.*, p. 297.

<sup>101</sup> GÁMIZ SANFELIU, M., *Reflexiones sobre la fecundación post mortem...*, *op. cit.*, pp. 15-16/26 de la versión electrónica. Por otro lado, en caso de existencia de un testamento revocatorio de otro anterior, habrá que ver si hay una declaración expresa o no, y si no la existe, si son compatibles ambos testamentos, véase FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, pp. 334 y 335.

sentimiento, salvo que aceptara sólo que se determine la filiación materna. Entiende que como el material genético no está dentro del comercio de los hombres, tampoco podrán decidir los herederos. Así que echa en falta la existencia de una institución que velara o decidiera en estos casos, donde existe conflicto de intereses<sup>102</sup>.

Otra cuestión que puede plantearse en la práctica es qué ocurre en los casos de crisis matrimoniales. Es decir, que una vez emitido el consentimiento, se produzca la nulidad, separación o divorcio del matrimonio<sup>103</sup>. Fernández Campos mantiene que si se disuelve el matrimonio, no habrá una filiación matrimonial, pero si no existe consentimiento expreso, no puede concluirse que se haya revocado la autorización. Lo mismo ocurrirá en caso de separación, salvo que no se haya podido revocar por el fallecimiento repentino del marido, y en función de las circunstancias concurrentes<sup>104</sup>.

#### 5.4 LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO

¿Qué ocurre si falta el consentimiento para utilizar el material reproductor una vez fallecido el marido o la pareja de hecho? Pues en principio, la respuesta debería ser que no se debería proceder a la inseminación o la implantación del preembrión. Sin embargo, en la práctica se ha dado algún supuesto en el que sin constar el consentimiento se produjo la misma. La consecuencia fue que no se determinó la filiación paterna. Estamos haciendo referencia a la resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado, de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2003\2453) que deniega la inscripción de la filiación matrimonial respecto de una menor nacida en febrero de 2002, a través de técnicas de reproducción asistida, en concreto por transferencia de embrión crioconservado de los cónyuges, porque sólo constaba el consentimiento del marido para la congelación de los embriones, pero no para la implantación *post mortem* del mismo.

El Juez encargado había dictado auto en fecha de 1 de marzo de 2002, en el que se denegaba la inscripción entre otros motivos porque el consentimiento no se había prestado en la forma requerida y la fecundación se había producido en vida del marido; por lo

<sup>102</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., *Reproducción artificial post mortem...*, *op. cit.*, pp. 75 y 76.

<sup>103</sup> Por lo que respecta al tema de las crisis de pareja y la disposición de embriones, es necesaria la consulta de la interesante y profunda monografía, ya citada, de la profesora FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*.

<sup>104</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, pp. 333 y 334.

tanto, no constaba la voluntad expresa del mismo para que el embarazo prosiguiese después de su muerte. Según el antiguo artículo 92.2.a) del Código de Familia de Cataluña de 1998, era necesario que constara fehacientemente el consentimiento expreso del marido para que la fecundación asistida pudiera tener lugar después de la muerte.

El FJ 4.º de la resolución dispone que la técnica que se ha utilizado no se corresponde exactamente desde el punto de vista biológico con la fecundación, pero considerar que la misma se ha producido estando vivo el marido, y por tanto, no entenderse como fecundación *post mortem*, llevaría a consecuencias poco deseables, porque no se aplicaría la limitación del artículo 92.c, sino que quedarían los embriones congelados *sine die* o hasta que la viuda decidiera implantárselos. Señala textualmente que: «Y no cabe duda que la voluntad del legislador, teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas de todo orden que tiene el hecho de la muerte, es clara en exigir consentimiento expreso del marido para este supuesto, sin que pueda deducirse, sin más de su consentimiento –efectuado en vida–, a que la fecundación asistida tenga lugar, y por más que el destino evidente de los embriones sea su implantación en el útero materno. La cuestión es lo suficientemente importante como para que se exija de una manera clara y terminante la voluntad del marido y entenderlo de otro modo llevaría al absurdo, ya que si se entendiera prestado el consentimiento en vida, también para el caso de muerte, no tendría sentido que la Ley exigiera requisitos más rigurosos para este supuesto excepcional».

En último término considera que el documento que firmaron los cónyuges en el centro médico no puede tener la consideración de documento fehaciente, por no cumplir con los requisitos de forma que reconoce la ley, aunque se haya protocolizado.

No obstante, en la actualidad la situación es bastante complicada, porque una cosa es que no se autorice a inseminarse a la mujer con el semen de su pareja fallecida, y otra, cuando se ha producido la generación del preembrión *in vitro*. ¿Podría implantarse éste aunque no constara el consentimiento del hombre? La pregunta no es fácil y la respuesta tampoco. En este sentido, debería aplicarse en principio la presunción del artículo 9.2 párrafo segundo si no consta el consentimiento expreso, pero se ha iniciado el proceso de las TRA, tal y como hemos visto. Si no se ha iniciado, existen muchas dudas al respecto. Si se produce la transferencia del preembrión, hay dos opciones: que no se den las consecuencias previstas en el artículo 9 LTRHA o que se determine la filiación pater-

na, para según algunos autores proteger al hijo, eso sí pudiendo exigir responsabilidad civil al centro médico o a la madre<sup>105</sup>.

Como hemos podido ver del análisis del consentimiento, posiblemente éste sea el aspecto de la reproducción asistida *post mortem* que más dudas interpretativas plantea. Por ese motivo pienso que es necesario que el legislador clarifique todas estas cuestiones que hemos visto, y que precise con más detalle el tema del consentimiento del varón fallecido.

## 6. EFECTOS DERIVADOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA *POST MORTEM*

En la actualidad, después de casi treinta años de regulación de la fecundación artificial *post mortem* en nuestro país, el debate sobre los efectos que se derivan de la misma está más que superado. No obstante, es necesario hacer referencia a los mismos para poder realizar un estudio integral de la materia que estamos analizando.

En primer lugar, hemos de decir que la determinación de la filiación es básica dado que produce como efectos: que el hijo lleve los apellidos de los progenitores, el ejercicio de la patria potestad, la obligación de alimentos y el reconocimiento de derechos sucesorios, así como la adquisición de la nacionalidad.

La primera cuestión a la que hemos de hacer referencia es la de si los hijos «superpóstumos» serán o no hijos matrimoniales, cuando los progenitores han estado casados, dado que el hijo nacerá una vez fallecido el padre, y por tanto, disuelto el matrimonio. Antes de la promulgación de la LTRA de 1988 y durante el periodo de vigencia de la misma, existía un sector doctrinal que entendía que no podíamos considerarlos hijos matrimoniales, precisamente por esta razón, porque el fallecimiento había disuelto el matrimonio, y por tanto, no tendrían dicha condición<sup>106</sup>. Por el contrario, otros autores se postulaban en sentido contrario, es decir, estimar que eran hijos matrimo-

---

<sup>105</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., *Reproducción artificial post mortem...*, *op. cit.*, pp. 121 y ss. Por otro lado, nos parece interesante la reflexión que realiza LLEDÓ YAGÜE, F., *Artículo 9. Premoriencia del marido...*, *op. cit.*, pp. 127 y ss, sobre si sería posible que un juez no consienta en determinar la filiación matrimonial, sin embargo, admitiera la determinación de la filiación materna, por ejemplo, en los casos en los que con el nuevo embarazo se pudiera ayudar al hermano que tiene una enfermedad grave.

<sup>106</sup> CAMPUZANO TOMÉ, H., *Reflexión en torno a los derechos de la viuda...*, *op. cit.*, p. 434 mantenía que dado que el hijo no va a nacer dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, se le ha de considerar no matrimonial. Pero dado que es una situación que no puedo contemplarse en su momento por el legislador, aboga por una ampliación de los plazos del artículo 116 Cc para dar cabida dentro de la filiación matrimonial a los hijos nacidos de la fecundación *post mortem*.

niales. Hernández Ibáñez defiende que el hijo ha de considerarse matrimonial, porque aunque el matrimonio se haya disuelto por el fallecimiento del marido, aquél existió. Por otro lado, defiende que no puede aplicarse la presunción del artículo 116 Cc<sup>107</sup>, porque el nacimiento se produciría en una fecha posterior, pero sí se podía recurrir al artículo 118 Cc<sup>108</sup>, y entender que el consentimiento que exige este precepto es el que se manifiesta en la fecundación *post mortem*<sup>109</sup>. Rivero Hernández, por su parte, también defendía que el hijo es matrimonial, pero señalaba que en caso de que naciera mediante TRA *post mortem* no se debía hacer excesivo hincapié en la cuestión de los 300 días, ya que no nacería por relación sexual, y en eso reside según él la especialidad de la reproducción asistida. Lo que sí pone de relieve es que se dan los dos elementos básicos en la procreación natural y es la presencia de material genético y la voluntad de querer tener un hijo en común<sup>110</sup>.

Con la promulgación de la ley ya se disiparon todas las dudas, y así la LTRHA dispone que si los progenitores estaban casados, los hijos superpóstumos serán matrimoniales (obviamente siempre y cuando se cumplan con los requisitos que marca la ley). Sin embargo, la doctrina pone de relieve que existe un vacío legal si la mujer vuelve a contraer matrimonio, durante el plazo de 12 meses que marca el artículo 9 LTRHA<sup>111</sup>. Es decir, nos encontramos ante una colisión de presunciones: la del marido fallecido que prestó su consentimiento en vida para la fecundación *post mortem*, y la del segundo marido en virtud del artículo 116 Cc. ¿Cuál ha de primar y qué apellidos llevará el hijo, el del cónyuge fallecido o el del segundo marido? Pues bien, otorgar una respuesta a esta cuestión no es nada sencillo. En principio, si el centro médico acredita que la fecundación se realizó correctamente, en este caso, debería prevalecer la paternidad del marido

---

<sup>107</sup> Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

<sup>108</sup> Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos.

<sup>109</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida...*, *op. cit.*, pp. 3032 y 3033. No obstante, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La fecundación artificial post mortem...*, *op. cit.*, p. 892 no considera que pueda asimilarse el consentimiento del marido en fecundación *post mortem* al del artículo 118 Cc. También lo ve un tanto forzado LLEDÓ YAGÜE, F., *Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem...*, *op. cit.*, p. 5/24 de la versión electrónica.

<sup>110</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La fecundación artificial post mortem...*, *op. cit.*, pp. 893 y 894. Matiza que la impugnación de la paternidad sólo podría prosperar si se prueba que el nacido no fue engendrado mediante TRA, sino que nació como consecuencia de una relación sexual con tercero. *Op. cit.*, p. 895.

<sup>111</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., *Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España...*, *op. cit.*, p. 120.

fallecido. Pero si el segundo tiene dudas sobre su paternidad le cabría el recurso de la acción mixta contemplada en el artículo 134 Cc.

Por lo que respecta a las parejas no casadas, la cuestión en la actualidad tampoco ofrece dudas. El artículo 9.3 LTRHA dispone: «El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad».

El tema de los derechos sucesorios fue muy controvertido también en su momento. En este sentido, había dos corrientes de opinión: la de quienes consideraban que el hijo superpóstumo no podía tener derechos sucesorios respecto su padre<sup>112</sup>; y la de quienes entendían que esto iría en contra de nuestra Carta Magna, ya que estaría discriminando a los hijos nacidos mediante TRA de forma póstuma<sup>113</sup>.

Los defensores de la primera corriente alegaban básicamente dos motivos<sup>114</sup>:

1. En el momento del fallecimiento del causante no existía causahabiente, tal y como dispone el artículo 758 del Cc.
2. Si se llamaba a la herencia al hijo superpóstumo, nos encontraríamos ante una situación de pendencia de la herencia.

No obstante, frente a estas alegaciones se señala que la jurisprudencia permite el llamamiento a la herencia del *concepturus* y del *nasciturus*<sup>115</sup>. Además, el artículo 745.1.º Cc en relación con el 29

<sup>112</sup> En España el «Informe Palacios» y en Reino Unido el «Informe Warnock». Éste último documento es el *Report of the Committee of inquiry into human fertilisation and embryology* de julio de 1984. El Informe Warnock fue el resultado obtenido por una comisión para el estudio de la fertilización humana, que nombró el Gobierno inglés, presidido por Mary Warnock. La importancia de dicho Informe se centró en que fue el primer texto que analizó la fecundación asistida de forma amplia y pormenorizada, y por tanto, el resto de países que crearon Comités similares se basaron en este documento.

<sup>113</sup> Favorables a esta línea: HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida...*, *op. cit.*, pp. 3035 y 3036. Esta autora señalaba que los derechos sucesorios no serán sólo respecto de la herencia del progenitor fallecido, sino que también a los de su familia paterna, en representación de su padre fallecido, ya que la filiación crea la relación de parentesco, y de este modo obtiene la cualidad de heredero. Considera además, que si muere alguien de su familia paterna, y todavía, no se ha producido la fecundación habrá que esperar a que transcurra el plazo que marca la ley adoptando las medidas de los arts. 959 y 966 Cc. *Op. cit.*, 3037.

<sup>114</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La fecundación artificial post mortem...*, *op. cit.*, pp. 899, autor que es partidario de reconocer derechos sucesorios.

<sup>115</sup> Por ejemplo, la resolución de la DGRN de 27 de diciembre de 1982 (RJ 1982/8065), que resolvía sobre la nuda propiedad del legado de tercio de mejora y si sólo podían recibirla los nietos que existían en el momento del fallecimiento de la testadora declaró que: «Que esta regla general aparece matizada por nuestra jurisprudencia —entre otras en SS. 25 abril 1963— en el sentido de que en nuestro Derecho positivo y en base al artículo 745.1.º, en relación con los 29, 30 y 758, así como 781, 783 y 785, no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de suceder mortis-causa de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables e identificadas

del mismo texto legal ampara que puedan heredar<sup>116</sup>. Rodríguez Guitián considera que sería adecuado modificar el Cc señalando que el hijo que va a nacer de la fecundación *post mortem* tiene capacidad para suceder, o presumiendo que los hijos que nacen de esta forma se consideran concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión<sup>117</sup>. Además, para poder proteger los derechos de otros interesados a la herencia, se aplicarían las medidas que contiene el Cc cuando la viuda se queda embarazada, es decir, los artículos 959 y siguientes del Cc. Así la viuda cuando considere que está embarazada deberá ponerlo en conocimiento de las personas que puedan tener derechos en la herencia (artículo 959 Cc), así como el momento cercano al alumbramiento (artículo 961 Cc). También ha de comunicar a los afectados, la intención de recurrir o proceder a la inseminación para que se suspenda la partición de la herencia.

Iniesta Delgado es tajante al respecto y señala que el hijo que ha sido fecundado *post mortem*, además de ser legitimario y tener derecho a participar en la herencia paterna, es heredero abintestato preferente<sup>118</sup>. Éste autor se plantea qué puede ocurrir en el caso de que a pesar de la existencia del consentimiento del hombre para la fecundación *post mortem*, no haya manifestado nada al respecto en su testamento. Es decir, que estaríamos hablando de un caso de preterición. Manifiesta que el hecho que no conste al hijo superpóstumo, autorizada la fecundación, sólo parece razonable cuando el testamento es anterior «al planteamiento de dicha posibilidad, es decir, cabe razonablemente como preterición errónea. No obstante, en el difícilmente imaginable supuesto de que el testador omita la referencia a su posible descendiente póstumo en un testamento realizado tras tomar la decisión de autorizar, no necesariamente se ha de tratar como una preterición intencional, puesto que dentro de lo descabellado del supuesto, parece más razonable que se deba a un descuido del testador que a una voluntad deliberada de excluir de la legítima a

---

en su existencia real como tales personas, pues en otro caso la institución –en este supuesto, el legado– por ser a favor de un sujeto incierto sería ineficaz, sin que obste a ello el que el testador los haya concretado no en forma específica, sino genéricamente con tal de que exista certeza en el beneficiario».

<sup>116</sup> Artículo 745.1 Cc: Son incapaces de suceder: 1.º *Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30*. El artículo 29 Cc manifiesta que: «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente».

<sup>117</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., *Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España...*, *op. cit.*, p. 1123.

<sup>118</sup> INIESTA DELGADO, J. J., «Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación *post mortem*», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 29, 2008, p. 14. También pone de manifiesto que es legitimario LÓPEZ PELÁEZ, P., *Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem...*, *op. cit.*, p. 132.

un hijo que expresamente se desea tener»<sup>119</sup>. Por lo que respecta a esta cuestión comparto parcialmente la opinión del autor. Si el testamento se hace con anterioridad a la decisión de autorizar la inseminación en caso de su fallecimiento, estaríamos en un supuesto de preterición no intencional. Pero en caso de que haya testado habiendo autorizado esta posibilidad, deberíamos hablar de preterición intencional, aunque pueda ser un descuido como señala, dado que es consciente que va a tener un hijo aunque sea superpóstumo<sup>120</sup>.

Se considera también que el hijo superpóstumo no sólo tendrá derechos en la herencia de su padre, sino también de otros ascendientes por derecho de representación, incluso será considerado llamado a la herencia simultáneamente junto con el progenitor premuerto y a sus hermanos<sup>121</sup>.

Por último hemos de hacer referencia a las donaciones. El *concepturus* puede ser titular de donaciones en virtud del artículo 627 Cc el cual dispone: «Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento». Así lo señala Hernández Ibáñez matizando que habrá que esperar a que transcurra el plazo que se prevé, dado que es un efecto favorable y, por tanto, cabrá la aplicación del artículo 29 Cc<sup>122</sup>.

Por otro lado, el artículo 646 Cc señala que las mismas serán revocables si el donante tiene un hijo aunque sea póstumo, después de realizada la donación. Se ha cuestionado por la doctrina si es posible esta posibilidad, es decir, que se pueda revocar la donación si se tiene un hijo mediante fecundación post mortem. López Peláez entiende que la solución dependerá de si el nacido es considerado hijo del donante, y en tal sentido, negar esta posibilidad iría en contra del artículo, señalando la autora que sería incluso discriminatorio e inconstitucional<sup>123</sup>.

<sup>119</sup> INIESTA DELGADO, J. J., *Los derechos sucesorios...*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>120</sup> LÓPEZ PELÁEZ, P., *Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem...*, *op. cit.*, pp. 132 y 133, señala que pueden darse tres situaciones distintas: a) Que el progenitor premuerto hubiera previsto en el testamento el nacimiento reconociendo derechos al hijo que va a nacer, procediendo en este caso a la suspensión de la partición de la herencia. b) Que preste su consentimiento en testamento para la práctica de la fecundación pero sin reconocerle derechos. En este supuesto considera que se puede equiparar a la preterición intencional. c) Que preste su consentimiento para la fecundación en documento público, pero no diga nada en el testamento o muera intestado. La autora pone de relieve que éste es el supuesto más problemático, por eso pone de manifiesto la necesidad de imponer a la viuda la obligación de comunicar a los interesados, su intención de proceder a la fecundación, fijándole incluso un plazo, ya que pueden quedar desprotegidos los derechos del hijo que nace con estas técnicas.

<sup>121</sup> LÓPEZ PELÁEZ, P., *Filiación y reproducción asistida...*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>122</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida...*, *op. cit.*, p. 3037.

<sup>123</sup> LÓPEZ PELÁEZ, P., *Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem...*, *op. cit.*, p. 125.

## 7. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA *POST MORTEM* EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN

El Código Civil Catalán regula la filiación derivada de las TRA en el Capítulo V, del Título III del Libro II.

En lo atinente a la reproducción asistida *post mortem* hemos de tener presentes dos preceptos. El primero de ellos es el artículo 235-8.2 que contiene los requisitos para que se considere el nacido hijo del marido fallecido:

«En la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento.
- b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple.
- c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial puede prorrogar este plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días.»

Por otro lado, el artículo 235-13.2 CCCat hace referencia a la mujer que no está casada, sino que forma unión de hecho. En este sentido el precepto señala:

«2. En la fecundación asistida después del fallecimiento del hombre que convivía con la madre, el nacido se considera hijo de este si se cumplen las condiciones establecidas por el artículo 235-8.2, en lo que le sea de aplicación.»

Antes de entrar a analizar la regulación actual catalana de la fecundación *post mortem*, hemos de hacer referencia a la problemática competencial que hubo sobre si las CCAA podían legislar sobre técnicas de reproducción asistida. Previamente, a la regulación actual de las TRA en dicho texto normativo, en Cataluña regía la Ley 7/1991, de 27 de abril, de Filiación de Cataluña<sup>124</sup>. Leonseguí Guillot analiza el tema de las competencias entre el Estado y las CCAA en el ámbito de las TRA, a raíz de la ley catalana, considerando que existen un doble grupo de cuestiones: 1) el replanteamiento de conceptos jurídicos relativos a la realidad biológica; 2) la filiación. Señalándolo aquí de forma sintética, en el primer supuesto, entiendo que el legislador autonómico no tiene que someterse a legislación básica en materia de filiación, sino que

<sup>124</sup> BOE núm. 132, de 3 de junio de 1991.

sólo ha de respetar la CE, ni es una materia que se haya reservado el Estado.

En cuanto a los efectos, lo único que le parece dudoso es el aspecto relativo al nombre y los apellidos, porque se podría alterar el modo de identificar a las personas<sup>125</sup>.

La ley 7/1991 fue derogada por el Código de Familia catalán de 1998 (BOE núm. 132, de 3 de junio de 1991). En el mismo se regulaba la fecundación *post mortem* en los artículos 92.2 y 97.2, en los mismos términos que la regulación del CCCat.

Volviendo a la regulación actual de la fecundación *post mortem* de la lectura de la legislación catalana con la estatal, ya podemos ver cómo existen diversas diferencias. En primer lugar la forma. En el CCCat sólo se exige que el consentimiento conste de forma expresa, por tanto, valdrá incluso el documento privado. ¿Cabría la forma verbal como manifestación expresa de ese consentimiento? En principio, no se exige la forma escrita, pero en aras a la seguridad jurídica que ha de presidir la materia, sería adecuado que siempre constara la plasmación del consentimiento en documento.

El plazo en que ha de realizarse la inseminación también difiere, aunque no sustancialmente, dado que se reconoce un plazo de 270 días, cabiendo una prórroga de 90 días más, por tanto, se acerca al cómputo de los 12 meses de la norma estatal. Además, el CCCat incluye un aspecto remarcable, cómo es la prórroga por parte del juez del plazo en que ha de realizarse, siempre y cuando exista una causa justificada.

Por otro lado, se limita la fecundación *post mortem* para «un único caso». Esta expresión ha planteado diversas dudas interpretativas. Gete-Alonso y Calera señala al respecto que «se interpreta en el sentido de que sólo se permite un embarazo conseguido, dentro del plazo prefijado, no en el de que únicamente se permita una sola fecundación. Dada la frecuencia de los partos múltiples, cuando han intervenido técnicas de reproducción asistida, la norma se encarga de recordar que el solo caso, a su vez, no debe confundirse con el número de personas que nazcan»<sup>126</sup>. Es decir, que no se considera un único procedimiento de fecundación asistida, con independencia del resultado, sino de una fecundación asistida efectiva, o lo que es lo mismo se ha de producir un embarazo

<sup>125</sup> LEONSEGUI GUILLOT, R. A., «Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida...», *BFD UNED*, núm. 8-9, 1995, pp. 242 y ss.

<sup>126</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., *Derecho de Familia vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.ª edición, 2013, p. 58.

resultado de las TRA, y no un intento<sup>127</sup>. Además, como no siempre que se realiza la técnica por primera vez, se consiguen los resultados esperados, se puede practicar más de una fecundación dentro del plazo, si con las anteriores no se ha conseguido el embarazo<sup>128</sup>.

Igual que ocurre con la LTRHA no cabe la reproducción asistida *post mortem* con semen de donante, dado que el CCCat también habla de marido y conviviente. Aunque no lo diga expresamente deberá entenderse también que el consentimiento expresado por el marido o pareja de la mujer es revocable siempre y cuando no se haya iniciado las TRA. En relación con el consentimiento, el CCCat no contempla la presunción del artículo 9.2 párrafo segundo de la LTRHA. Sin embargo, Puig i Ferriol mantiene que la exigencia de que la voluntad del marido a la fecundación haya de constar de forma fehaciente, puede considerarse compatible con la aplicación en el Derecho civil catalán de este precepto, ya que aunque no sea lo mismo solicitar la inseminación con el esperma del fallecido, que la implantación del preembrión, si la ley autoriza la primera posibilidad ha de entenderse que autoriza también esta última<sup>129</sup>.

Si los miembros de la unión no han contraído matrimonio el CCCat exige la convivencia con la madre, sin embargo, como ya vimos anteriormente la ley estatal no lo contempla. Obviamente, la convivencia es un requisito de una unión estable de pareja con un proyecto parental común, con independencia que por motivos, por ejemplo, laborales la misma haya de cesar temporalmente.

## 8. CONCLUSIONES

El vertiginoso avance de la ciencia y sus implicaciones en la reproducción artificial de los seres humanos hace que sea necesario en cualquier país, una regulación de la misma, para poder establecer unas pautas éticas, con la finalidad de proteger los intereses que están en juego, así como determinados principios constitucionales, como la dignidad, la libertad, o el libre desarrollo de la personalidad.

---

<sup>127</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> C/BLASCO GASCÓ, F. P., *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 83.

<sup>128</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> C., *Determinación de la filiación en el Código de Familia de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 75.

<sup>129</sup> PUIG I FERRIOL, LL., «La filiación», *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Dret de Família, II-2*, Puig i Ferriol, LL., Roca i Trias, E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 475.

Por otro lado, hemos de poner de relieve cómo en los últimos años ha empezado a cuestionarse si existe un derecho a procrear. De los distintos textos internacionales, así como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no parece inferirse una respuesta positiva. Lo que sí se reconoce es que el artículo 8 del Convenio ampara tanto la decisión de ser padre/madre como de no serlo, y el acceso a las técnicas de reproducción asistida, pero deberá ponerse en relación con la distinta opción que hayan adoptado los Estados de configurar una legislación más liberal o más restrictiva. Lo importante no es el número de progenitores que tenga el menor, sino que esté en una familia (del tipo que sea) que le quiera, le proteja y le proporcione toda la asistencia moral y material que se ha de dispensar a los hijos.

También hemos podido observar, cómo el consentimiento, desde nuestro punto de vista, puede configurarse como el requisito más importante para que la fecundación *post mortem* produzca efectos. Pero a su vez, es el que plantea más interrogantes en la práctica, debido a la escasa atención que le ha dedicado el legislador español.

Por otro lado, después de analizar brevemente la regulación jurídica de países cercanos al nuestro, podemos decir que la LTRHA es una de las más flexibles de nuestro entorno. Sin embargo, a pesar de decantarnos a favor de la regulación española, tiene algunos aspectos mejorables y, por tanto, considero conveniente una futura modificación de la norma para solucionar las dudas interpretativas que plantea el artículo 9 LTRHA, así como para poder adaptarla a los nuevos cambios sociales. Dado que el legislador español modificó la regulación del matrimonio, para reconocer dicho derecho a las personas homosexuales, debería haber procedido a adaptar instituciones conexas como la filiación, ya que no existe una clara presencia de su reconocimiento como modelo familiar en la ley. Con un régimen jurídico coherente y sin fisuras, España puede seguir siendo un referente en este ámbito.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

- ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- «Nuevos límites al derecho a procrear», *DPC*, n.º 20, 2006, pp. 9-61.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Reproducción asistida *Post Mortem*, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 8/2001, parte Tribuna, 2001, versión electrónica, BIB 2001\741.
- BLASCO GASCÓ, F. P., «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, n.º 2, 1991, pp. 697-719.

- CÁMARA ÁGUILA, P., «Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio), *DPC*, n.º 13, 1999, pp. 117-148.
- CAMPUZANO TOMÉ, H., «Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente», *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 1665-1714.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., «La protección de la vida prenatal en el ordenamiento español: del *Nasciturus* al *Moriturus*», *Estudios jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp.513-540.
- COBACHO GÓMEZ, J. A., «Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley», *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, J. A. Cobacho Gómez (Director), J. J. Iniesta Delgado (Coordinador), Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 23-29.
- DÍAZ ROMERO, M.ª R., «Técnicas de reproducción asistida y filiación», *Derecho de Familia*, G. Díez-Picazo Giménez (Coord.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 1665-1714.
- FARNÓS AMORÓS, E., «¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida. Comentario a la STEDH, Sec. 4.ª, de 7.03.2006, «Evans v. The U. K.», *Indret*, enero de 2007, [http://www.indret.com/pdf/408\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/408_es.pdf)
- «Evans v. The U. K (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja. Nota breve a la STEDH, Gran Sala, de 10.4.2007», *Indret*, abril de 2007, [http://www.indret.com/pdf/432\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/432_es.pdf)
- *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.
- «La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización», *Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico: Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, P. Benavente Moreda/E. Farnós Amorós (Coords.), año LXIX, n.º 2179, junio de 2015, pp. 175-200.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Artículo 9. Premoriencia del marido», *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, J. A. Cobacho Gómez (Director), J. J. Iniesta Delgado (Coordinador), Thomson, Navarra, 2007, pp. 305-352.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C/BLASCO GASCÓ, F. P., *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., *Determinación de la filiación en el Código de Familia de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- *Derecho de Familia vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.ª edición, 2013.
- GÓMEZ DE LA TORRE, M. C., «Fecundación *post mortem*», *AC*, n.º 5, semana 3-9 febrero de 1992, pp. 45-63.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ-MERLO, J., GÓNZALEZ BOSQUET, E., GÓNZALEZ BOSQUET, J., *Ginecología*, Elsevier Masson, Barcelona, 9.ª edición, 2014.
- GONZÁLEZ UTOR, A. L., «Comentario científico al artículo 2», *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, F. Lledó Yagüe y C. Ochoa Marieta (Directores), O. Monje Balmaseda (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2007.

- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida: consideraciones en torno a la fecundación *post mortem* y a la maternidad subrogada», *AC*, n.º 48, semana de 26 de diciembre-1 de enero de 1989, pp. 3027-3046.
- INIESTA DELGADO, J. J., «Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación *post mortem*», *Rev. Der. Gen. H.*, n.º 29, 2008, pp. 13-21.
- «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», *Tratado de Derecho de la Familia*, M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (Directores), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 735-861.
- JIMÉNEZ JARA, A., «Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes», *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 177 a 205.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o “testamento vital”», *Diario La Ley*, n.º 7334, Sección Doctrina, 3 Feb. 2010, Año XXXI (LA LEY 21643/2009).
- *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012.
- «Actuaciones sanitarias, consentimiento de la persona con discapacidad incapacitada y papel del guardador legal», *RCDI*, n.º 744, 2014, pp. 1585-1610.
- KATZ G. A., «Parpalai x c. CECOS: Protecting intent in reproductive Technology», *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 11, n.º 3., 1998, pp. 683-698.
- LEONSEGUI GUILLOT, R. A., «Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida», *BFD UNED*, núm. 8-9, 1995, pp. 237-264.
- LLEDÓ YAGÜE, F., «Reflexiones personales en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica», Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España, A. Díez Martínez (Coord), Dykinson, Madrid, 2006, pp. 155-176.
- «La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida», *ADC*, vol. 41, n.º 4, 1988, pp. 1241-1263.
- «Artículo 9. Premoriencia del marido. Comentario jurídico», Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 126-156.
- LÓPEZ PELAEZ, P., «Filiación y reproducción asistida», *Derecho de la Persona*, I. Ravetllat Ballesté (Coordinador), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 89-133.
- «Relaciones civiles derivadas de la fecundación *post mortem*», *BFD UNED*, n.º 6, 1994, pp. 109-141.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida», *El juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 247-302.
- OCHOA MARIETA, C., «Artículo 9. Premoriencia del marido. Comentario científico», *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 123-126.
- PALACIOS, M., *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas*, Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Técnicas de reproducción asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, mayo-agosto de 1993, pp. 129-160.
- PÉREZ MONGE, M., «Filiación derivada del empleo de técnicas de las técnicas de reproducción asistida», *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 578-615.

- PUIG I FERRIOL, LL., «La filiación», *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Dret de Família, II-2*, Puig i Ferriol, LL., Roca i Trias, E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- RAPOSO, V. L., «La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 10, abril de 2007, pp. 8-12.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La fecundación artificial post mortem», *RJC*, n.º 4, 1987, 871-904.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de reproducción humana asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- «Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad», *Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico: Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós (Coords.), año LXIX, n.º 2179, junio de 2015, pp. 85-174.
- RUIZ SEISDEDOS, S., MARTÍN CANO, M. C., «Nuevas formas de familia, viejas políticas familiares. Las familias monomarentales», *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, vol. 33, pp. 159-175.
- SANCHO REBULLIDA, F. A., «Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española», *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en la materia de reproducción humana. II Congreso mundial vasco*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 99- 113.
- SERNA MEROÑO, E., «Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica», *DPC*, núm. 26, enero-diciembre de 2012, pp. 273-307.
- SERRANO ALONSO, E., «El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem», *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 365-399.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., «La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español», *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1998, pp. 53-152.
- «Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S. H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo», *Rev. Der. Gen. H.*, n.º 34, 2011, pp. 155-201.
- ZURILLA CARIÑANA, M.ª A., «La influencia de las reformas legislativas sobre reproducción asistida y en el derecho matrimonial en el ámbito de la filiación», *Familia y Discapacidad*, S. Alabart Díaz (coord.), Reus, Madrid, 2010, pp. 245-266.

## 10. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

### ESPAÑA

- Resolución de la DGRN de 27 de diciembre de 1982 (RJ 1982\8065)
- STC de 17 de junio de 1999 (RTC 1999\116)
- Resolución de la DGRN de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2003\2453)

Auto de la AP de A Coruña de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001\183)

Auto del JPI de Valencia 29 de octubre de 2004 (AC 2005\9529)

Auto de la AP de Barcelona (Sección 12.º) de 16 de diciembre de 2004 (JUR 2004\292813)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de septiembre de 2007 (RJ 2007\8520)

Auto del JPI de Valladolid, de 12 de diciembre de 2007 (AC 2011/553)

Auto de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de junio de 2010 (AC 2010\1755)

SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2011 (AC 2011\1256)

Auto de la AP de Barcelona de 12 de julio de 2011 (JUR 2011\373587)

STS de 15 de enero de 2014 (RJ 2014\1265)

## TEDH

STEDH (Sección 4.ª), de 7 de marzo de 2006 (TEDH 2006\19)

STEDH (Gran Sala), de 10 de abril de 2007 (JUR 2007\101309)

STEDH (Sección 4.ª), de 18 de abril de 2006 (TEDH 2006\31)

STEDH (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2007 (TEDH 2007\86)

STEDH (Sala 1.ª), de 1 de abril de 2010 (TEDH 2010\56)

STEDH (Gran Sala), de 3 de noviembre de 2011 (JUR 2011\369437)

STEDH de 28 de agosto de 2012 (TEDH\72)

## REINO UNIDO

Court of Appeal, Civil División de 6 de febrero de 1997.

# Arrendamientos con prórroga convencional

**JAVIER FAJARDO FERNÁNDEZ**

Profesor Contratado Doctor de Derecho civil  
Universidad de Navarra

## RESUMEN

*Los arrendamientos urbanos (en su mayoría, de local comercial) con prórroga forzosa convencional nacieron en el contexto de la desaparición de la prórroga forzosa legal para los celebrados a partir del RDL 2/1985. Pero durante décadas no ha estado nada claro cuál era su régimen. Después de años de cambios jurisprudenciales y discusiones doctrinales, cuatro sentencias del TS responden satisfactoriamente a la mayoría de las cuestiones. Por eso tal vez sea éste el momento de estudiarlos con detalle.*

## PALABRAS CLAVE

*Arrendamientos urbanos. Prórroga convencional. Prórroga temporal.*

## ABSTRACT

*Urban leases with a «continuance agreement» (prórroga convencional) began in Spain in the special context of the big changes in Spanish regulation of leases along 1985 and 1994. Leases with «continuance agreement» have produced many discussions and a large body of unsettled case law. After many years of legal uncertainty, four recent judgments have apparently settled the law. This paper tries a thorough view of leases having this agreement.*

## KEYWORDS

*Leases. Landlord and tenant. Long term leases. Continuance agreement.*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Treinta años de polémica.* 1. La prórroga convencional antes del RDL-1985. 2. El RDL-1985. 3. La LAU-1994. 4. La STS Pleno 9 septiembre 2009. 5. La STS 17 noviembre 2011. 6. Las SSTS Pleno 12 marzo 2015 y 8 junio 2015.—III. *Un vistazo a la*

*jurisprudencia.*—IV. *Validez de la prórroga convencional y necesidad de límite.* 1. Argumentos en contra de la prórroga convencional. 2. Validez de la prórroga convencional. 3. Límite temporal judicial.—V. *Las cláusulas de prórroga convencional.* 1. Un comienzo desafortunado. 2. Interpretación del contrato y casación. 3. Obligatoria para el arrendador y potestativa para el arrendatario. 4. «Prórroga forzosa» y «prórroga legal». 5. «Contrato prorrogable» y «duración indefinida». 6. Cláusulas contradictorias, oscuras, ambiguas o impuestas. 7. ¿Hay reglas generales?—VI. *Límites temporales concretos que se imponen a la prórroga.* 1. Cuestiones sobre el límite. 2. Límite para arrendamientos sometidos al RDL-1985. 3. Límite para arrendamientos sometidos a LAU-1994 con arrendatario persona jurídica. 4. Límite para arrendamientos sometidos a LAU-1994 con arrendatario persona física. 5. Límite para el resto de arrendamientos con prórroga convencional. 6. La naturaleza del límite fijado judicialmente. 7. El límite y la autonomía de la voluntad.—VII. *Recapitulación. Bibliografía. Tabla de jurisprudencia citada.*

## I. INTRODUCCIÓN

Llamaremos arrendamientos urbanos con prórroga convencional (o con prórroga forzosa convencional, o con prórroga forzosa voluntaria) a aquellos en los que, como efecto de una cláusula incorporada al contrato por las partes, el arrendatario dispone de la facultad de ejercitar una prórroga que es potestativa para él y obligatoria para el arrendador.

El concepto de prórroga convencional es inescindible de la prórroga forzosa legal que ha sido el elemento clave de la regulación arrendaticia urbana en España desde el RD 21-6-1920 hasta alcanzar su punto máximo de sofisticación en la Ley de Arrendamientos Urbanos cuyo texto articulado fue aprobado por Ley 40/1964, de 11 de junio (en adelante, TRLAU-1964). El artículo 9 del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 abril, sobre medidas de política económica, popularmente conocido como «Decreto Boyer» (en adelante, RDL-1985), suprimió la prórroga forzosa legal para los arrendamientos celebrados a partir del 9 de mayo de 1985. A partir de entonces existieron dos tipos de alquileres: los sometidos al TRLAU-1964 (con prórroga forzosa legal) y los nacidos bajo el RDL-1985 (sin prórroga forzosa legal). Pero un número significativo de los segundos, especialmente de local comercial (algunas estimaciones apuntan que la mitad), incluyeron en su clausulado por vía convencional la prórroga que el legislador había dejado de imponerles imperativamente. Así nacieron, propiamente, los «arrendamientos con prórroga convencional» sobre los que versa este trabajo.

Aunque la prórroga convencional ha surgido en el contexto de los arrendamientos nacidos bajo el RDL-1985 y éstos ya han desaparecido o están a punto de hacerlo por efecto del Derecho transitorio de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre (en lo sucesivo, LAU-1994), su estudio también sigue teniendo interés. El arrendatario de local es quien se encuentra en mejor posición para decidir si conviene que el arrendamiento se prolongue un año más o no, y por tanto tiene sentido que disponga de la facultad de prorrogarlo. Las conclusiones alcanzadas por la jurisprudencia al aplicar normas como el TRLAU-1964, el RDL-1985 o las Disposiciones Transitorias de la LAU-1994, hoy derogadas, siguen siendo aplicables a contratos que se celebren en el futuro.

Los arrendamientos con prórroga convencional han sido desde el primer momento especialmente contenciosos. En la mayoría de las sentencias que citaremos los hechos son muy similares: ante un arrendamiento de local nacido bajo el RDL-1985, el arrendador demanda la resolución arrendaticia por expiración del plazo contractual y el desahucio del arrendatario, a lo que éste opone la existencia de arrendamiento en vigor por efecto de la prórroga convencional. A partir de este conflicto básico se ha discutido prácticamente todo, y especialmente qué cláusulas indican verdaderamente una prórroga forzosa y cuáles no, qué validez se debe atribuir a tales cláusulas, si deben estar sometidas a límite temporal o no, y si el juez puede y/o debe fijarlo.

En los treinta años transcurridos desde la aprobación del RDL-1985 el Supremo se ha pronunciado sobre la materia en cerca de 70 ocasiones, de las que al menos nueve han supuesto un importante cambio respecto a la línea precedente. Su estudio forma el núcleo básico de este trabajo.

Hoy, una vez dictadas las SSTS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585], 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506], Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676] y Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741], podemos decir que ya hay una línea jurisprudencial clara, coherente y consolidada (salvo nuevos cambios, que todo podría ser). Resumida en una frase, esta doctrina dice que la prórroga convencional es válida, pero debe tener un límite temporal máximo, y si no es así el juez puede y debe fijarlo.

Sería tentador quedarse con estas cuatro últimas sentencias y olvidar de un plumazo todas las anteriores, como vías muertas abandonadas en la marcha hacia el presente. Pero este trabajo pretende tomarse en serio la jurisprudencia, y me temo que eso exige hacer justamente lo contrario. Porque las sentencias que han quedado orilladas también han aportado enseñanzas que siguen siendo válidas, y porque el concepto mismo de jurisprudencia implica una

especie de «hermenéutica de la continuidad» que reconozca la relevancia de los pasos que han conducido hasta la solución.

En los apartados que siguen a esta introducción expondré: (2) un repaso de las cuestiones discutidas tal y como fueron apareciendo cronológicamente en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, (3) una visión de conjunto sobre la jurisprudencia, (4) la validez de la cláusula de prórroga convencional y su relación con la necesidad de límite temporal, (5) un análisis de las cláusulas que indican prórroga convencional (y las que no), (6) los criterios empleados para fijar el límite temporal, y (7) una recapitulación. Al final del trabajo hay un elenco de la bibliografía y jurisprudencia citadas. Salvo que se indique otra cosa, todas las sentencias del Supremo citadas corresponden a la Sala primera.

## II. TREINTA AÑOS DE POLÉMICA

### 1. LA PRÓRROGA CONVENCIONAL ANTES DEL RDL-1985

La cláusula de prórroga forzosa voluntaria no se incorpora a los arrendamientos urbanos de inmuebles hasta el RDL-1985. Antes de esa fecha los arrendamientos, o bien estaban sometidos a la ley especial que concedía al arrendatario derecho de prórroga forzosa legal, o bien estaban excluidos de ella y sometidos al Código civil. En este segundo grupo se encontraban sobre todo los arrendamientos de industria. Según la jurisprudencia entonces dominante, si éstos contenían una prórroga convencional indefinida, ésta era nula por contraria a la naturaleza esencialmente temporal del arrendamiento y a la exigencia legal de «tiempo determinado» del artículo 1543 CC, y en cuanto el arrendador instaba la extinción del contrato su pretensión se estimaba con base en el artículo 1581 CC (SSTS 7 junio 1979a [RJ 2344], 7 junio 1979b [RJ 2345], 9 julio 1979 [RJ 2935], 15 octubre 1984 [RJ 4862] y 9 diciembre 1985 [RJ 6427]).

### 2. EL RDL-1985

El texto del artículo 9 RDL-1985 decía:

1. Los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio que se celebren a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el artículo 57 TRLAU-1964, y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el artículo 1566 CC.
2. Dichos contratos, salvo lo dispuesto en el apartado anterior, se regularán por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos.

La finalidad reconocida de la norma era «la supresión de la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos que, sin duda, estimulará la construcción de viviendas y locales destinados a alquiler» (EdM RDL-1985). Pero a partir de ese mismo momento muchos arrendamientos, principalmente de local, empezaron a incorporar en su texto una remisión a la prórroga legal contenida en el TRLAU-1964. Si se puede hablar así, la prórroga forzosa salía por la puerta de la ley y volvía a entrar por la ventana del contrato.

Si la reacción inicial de la doctrina fue admitir la validez de la prórroga convencional (con cierta timidez y sin aconsejarla)<sup>1</sup>, la jurisprudencia fue mucho más allá y se resistió a reconocer que la legal hubiera desaparecido (la STS 18 marzo 1992 [RJ 2206] dijo que «el Decreto Ley no suprime la prórroga forzosa para los arrendamientos urbanos; lo que sucede es que cabe su abrogación por las voluntades negociales») o creyó encontrar prórrogas convencionales en contratos que no la tenían (SSTS 12 mayo 1989 [RJ 3762], 4 febrero 1992 [RJ 823], 18 marzo 1992 [RJ 2206], 20 abril 1993 [RJ 3104] y 14 junio 1994 [RJ 4817]).

Esto duró unos años. Pronto surgió en el mismo Alto Tribunal otra tendencia más realista que admitió la validez de la cláusula, aunque exigiendo que ésta fuera fruto de la voluntad de las partes y constara claramente en el contrato (SSTS 16 junio 1993 [RJ 4840], 18 marzo 1994 [RJ 1996], 17 julio 1995 [RJ 5706]).

Ambas líneas coincidieron en el tiempo, y en vísperas de la aprobación de la LAU-1994 el Supremo tenía claro que la prórroga convencional era admisible, pero, según los casos, tendía a encontrar prórrogas donde no las había o era riguroso al exigir la constancia de la cláusula en el contrato.

### 3. LA LAU-1994

La LAU-1994 decidió poner punto final a la pervivencia de los arrendamientos nacidos bajo el TRLAU-1964 sometidos a prórroga forzosa legal que todavía seguían en vigor, y estableció un complicado sistema por el que todos ellos quedarían extinguidos en un plazo variable comprendido entre los 5 y los 20 años después la entrada en vigor de la ley, dependiendo de muy diversos factores (si el arrendamiento era de vivienda o de local, si el arrendatario era persona física o jurídica, las subrogaciones producidas, y bastantes más) que hacen que, en conjunto, sean muy raros los arren-

<sup>1</sup> Por todos, FUENTES LOJO, J. V., *Suma de arrendamientos urbanos*, Bosch, Barcelona, III, 1989, p. 16; FERNÁNDEZ DOMINGO fue la excepción y defendió la cláusula para contrarrestar los efectos del RDL-1985, «Algunos aspectos del RDL 2/1985 del 30 abril en materia arrendaticia (Los arrendamientos por tiempo indefinido)», *Actualidad Civil*, 1991, 2, p. 421.

damientos anteriores a 1985 que sigan subsistiendo después del 1 enero 2015. Dada la importancia que tendrán para el desarrollo de la exposición que nos ocupa, y ante la imposibilidad de sintetizarlas de un modo a la vez riguroso y breve, me resigno a reproducir en nota al pie las reglas previstas por la LAU-1994 para la extinción de los arrendamientos sometidos al TRLAU-1964 contenidos en las DT 2.<sup>a</sup>-B (arrendamientos de vivienda)<sup>2</sup> y DT 3.<sup>a</sup>-B (arrendamientos de local)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> DT 2.<sup>a</sup> LAU-1994; B) Extinción y subrogación.

4. A partir de la entrada en vigor de esta Ley, la subrogación a que se refiere el artículo 58 TRLAU-1964, sólo podrá tener lugar a favor del cónyuge del arrendatario no separado legalmente o de hecho, o en su defecto, de los hijos que conviviesen con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento; en defecto de los anteriores, se podrán subrogar los ascendientes del arrendatario que estuviesen a su cargo y conviviesen con él con tres años, como mínimo, de antelación a la fecha de su fallecimiento.

El contrato se extinguirá al fallecimiento del subrogado, salvo que lo fuera un hijo del arrendatario no afectado por una minusvalía igual o superior al 65 por 100, en cuyo caso se extinguirá a los dos años o en la fecha en que el subrogado cumpla veinticinco años, si ésta fuese posterior.

No obstante, si el subrogado fuese el cónyuge y al tiempo de su fallecimiento hubiese hijos del arrendatario que conviviesen con aquél, podrá haber una ulterior subrogación. En este caso, el contrato quedará extinguido a los dos años o cuando el hijo alcance la edad de veinticinco años si esta fecha es posterior, o por su fallecimiento si está afectado por la minusvalía mencionada en el párrafo anterior.

5. Al fallecimiento de la persona que, a tenor de lo dispuesto en los artículos 24.1 y 58 del TRLAU-1964, se hubiese subrogado en la posición del inquilino antes de la entrada en vigor de la presente Ley, sólo se podrá subrogar su cónyuge no separado legalmente o de hecho y, en su defecto, los hijos del arrendatario que habitasen en la vivienda arrendada y hubiesen convivido con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento.

El contrato se extinguirá al fallecimiento del subrogado, salvo que lo fuera un hijo del arrendatario no afectado por una minusvalía igual o superior al 65 por 100, en cuyo caso se extinguirá a los dos años o cuando el hijo alcance la edad de veinticinco años si esta fecha es posterior.

No se autorizan ulteriores subrogaciones.

6. Al fallecimiento de la persona que de acuerdo con el artículo 59 del TRLAU-1964 ocupase la vivienda por segunda subrogación no se autorizan ulteriores subrogaciones.

7. Los derechos reconocidos en los apartados 4 y 5 de esta disposición al cónyuge del arrendatario, serán también de aplicación respecto de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

8. Durante los diez años siguientes a la entrada en vigor de la Ley, si la subrogación prevista en los apartados 4 y 5 anteriores se hubiera producido a favor de hijos mayores de sesenta y cinco años o que fueren perceptores de prestaciones públicas por jubilación o invalidez permanente en grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez el contrato se extinguirá por el fallecimiento del hijo subrogado.

9. Corresponde a las personas que ejerciten la subrogación contemplada en los apartados 4, 5 y 7 de esta disposición probar la condición de convivencia con el arrendatario fallecido que para cada supuesto proceda.

La condición de convivencia con el arrendatario fallecido deberá ser habitual y darse necesariamente en la vivienda arrendada.

Serán de aplicación a la subrogación por causa de muerte regulada en los apartados 4 a 7 anteriores, las disposiciones sobre procedimiento y orden de prelación establecidas en el artículo 16 de la presente Ley.

En ningún caso los beneficiarios de una subrogación podrán renunciarla a favor de otro de distinto grado de prelación.

<sup>3</sup> DT 3.<sup>a</sup> LAU-1994; B) Extinción y subrogación.

2. Los contratos que en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley se encuentren en situación de prórroga legal, quedarán extinguidos de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 3 a 4 siguientes.

Pero el legislador de 1994, que tan preocupado estaba por extinguir los arrendamientos sometidos a la prórroga forzosa legal

3. Los arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento, salvo que se subrogue su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local.

En defecto de cónyuge superviviente que continúe la actividad o en caso de haberse subrogado éste, a su jubilación o fallecimiento, si en ese momento no hubieran transcurrido veinte años a contar desde la aprobación de la ley, podrá subrogarse en el contrato un descendiente del arrendatario que continúe la actividad desarrollada en el local. En este caso, el contrato durará por el número de años suficiente hasta completar veinte años a contar desde la entrada en vigor de la ley.

La primera subrogación prevista en los párrafos anteriores no podrá tener lugar cuando ya se hubieran producido en el arrendamiento dos transmisiones de acuerdo con lo previsto en el artículo 60 del TRLAU-1964. La segunda subrogación prevista no podrá tener lugar cuando ya se hubiera producido en el arrendamiento una transmisión de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 60.

El arrendatario actual y su cónyuge, si se hubiera subrogado, podrán traspasar el local de negocio en los términos previstos en el artículo 32 del TRLAU-1964.

Este traspaso permitirá la continuación del arrendamiento por un mínimo de diez años a contar desde su realización o por el número de años que quedaren desde el momento en que se realice el traspaso hasta computar veinte años a contar desde la aprobación de la ley.

Cuando en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la Ley se hubiera producido el traspaso del local de negocio, los plazos contemplados en este apartado se incrementarán en cinco años.

Se tomará como fecha del traspaso, a los efectos de este apartado, la de la escritura a que se refiere el artículo 32 TRLAU-1964.

4. Los arrendamientos de local de negocio cuyo arrendatario sea una persona jurídica se extinguirán de acuerdo con las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> Los arrendamientos de locales en los que se desarrollen actividades comerciales, en veinte años.

Se consideran actividades comerciales a estos efectos las comprendidas en la División 6 de la tarifa del Impuesto sobre Actividades Económicas.

Se exceptúan los locales cuya superficie sea superior a dos mil quinientos metros cuadrados, en cuyo caso, la extinción se producirá en cinco años.

2.<sup>a</sup> Los arrendamientos de locales en los que se desarrollen actividades distintas de aquellas a las que se refiere la regla 1.<sup>a</sup> a las que correspondan cuotas según las tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas: -De menos de 85.000 ptas., en veinte años, -Entre 85.001 y 130.000 ptas., en quince años, -Entre 130.001 y 190.000 ptas., en diez años, -De más de 190.000 ptas., en cinco años.

Las cuotas que deben ser tomadas en consideración a los efectos dispuestos en el presente apartado son las cuotas mínimas municipales o cuotas mínimas según tarifa, que incluyen, cuando proceda, el complemento de superficie, correspondientes al ejercicio 1994. En aquellas actividades a las que corresponda una bonificación en la cuota del Impuesto sobre Actividades Económicas, dicha bonificación se aplicará a la cuota mínima municipal o cuota mínima según tarifa a los efectos de determinar la cantidad que corresponda.

Los plazos citados en las reglas anteriores se contarán a partir de la entrada en vigor de la presente Ley. Cuando en los diez años anteriores a dicha entrada en vigor se hubiera producido el traspaso del local de negocio, los plazos de extinción de los contratos se incrementarán en cinco años. Se tomará como fecha de traspaso la de la escritura a que se refiere el artículo 32 TRLAU-1964.

Cuando en un local se desarrollen actividades a las que correspondan distintas cuotas, sólo se tomará en consideración a los efectos de este apartado la mayor de ellas.

Incumbe al arrendatario la prueba de la cuota que corresponda a la actividad desarrollada en el local arrendado. En defecto de prueba, el arrendamiento tendrá la mínima de las duraciones previstas en el párrafo primero.

5. Los contratos en los que, en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, no haya transcurrido aún el plazo determinado pactado en el contrato durarán el tiempo que reste para que dicho plazo se cumpla. Cuando este período de tiempo sea inferior al que resultaría de la aplicación de las reglas del apartado 4, el arrendatario podrá hacer durar el arriendo el plazo que resulte de la aplicación de dichas reglas.

En los casos previstos en este apartado y en el apartado 4, la tácita reconducción se regirá por lo dispuesto en el artículo 1566 CC, y serán aplicables al arrendamiento renovado las normas de la presente Ley relativas a los arrendamientos de fincas urbanas para uso distinto del de vivienda.

del TRLAU-1964, no lo estaba en absoluto por los que pervivían amparados por una prórroga convencional nacida bajo el RDL-1985. Como explicaba el Preámbulo de la ley, «no presentan una especial problemática puesto que ha sido la libre voluntad de las partes la que ha determinado el régimen de la relación en lo que a duración y renta se refiere. Por ello, estos contratos continuarán hasta su extinción sometidos al mismo régimen al que ahora lo venían estando»<sup>4</sup>. Esta decisión legislativa se concretó en la DT 1.<sup>a</sup>1 LAU-1994 para los arrendamientos de vivienda<sup>5</sup> y en la DT 1.<sup>a</sup>2 LAU-1994 para los de local, la que más nos interesa aquí:

2. Los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados a partir del 9 de mayo de 1985, que subsistan en la fecha de entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 9 del RDL-1985, y por lo dispuesto en el TRLAU-1964. En el caso de tácita reconducción conforme a lo dispuesto en el artículo 1566 del Código Civil, el arrendamiento renovado se regirá por las normas de la presente Ley relativas a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación a los contratos de arrendamiento asimilados al de inquilinato y al de local de negocio que se hubieran celebrado a partir del 9 de mayo de 1985 y que subsistan en la fecha de entrada en vigor de esta Ley.

Al contrario de lo establecido por la ley para los arrendamientos con prórroga forzosa legal celebrados bajo el TRLAU-1964 (la extinción a medio plazo prevista en las DT 2.<sup>a</sup>-B y DT 3.<sup>a</sup>-B LAU-1994 y cierta actualización de la renta en las DT 2.<sup>a</sup>-D y DT 3.<sup>a</sup>-C LAU-1994), los arrendamientos de local con prórroga convencional celebrados bajo el RDL-1985 podrían prolongarse indefinidamente y no tendrían más actualización de la renta que la prevista en el mismo contrato<sup>6</sup>.

El régimen aplicable a los arrendamientos con prórroga convencional resultante de la DT 1.<sup>a</sup> LAU-1994 fue criticado por la doctrina

<sup>4</sup> A pesar de que el texto inicial del Proyecto de ley de 1994 sometía a estos contratos a las mismas reglas que los contratos con prórroga forzosa legal, y por tanto establecía su extinción a medio plazo.

<sup>5</sup> DT. 1.<sup>a</sup> 1 LAU-1994: 1. Los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados a partir del 9 de mayo de 1985 que subsistan a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 9 del RDL-1985, y por lo dispuesto para el contrato de inquilinato en el TRLAU-1964.

Será aplicable a estos contratos lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de la disposición transitoria segunda.

La tácita reconducción prevista en el artículo 1566 del Código Civil lo será por un plazo de tres años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9 de esta Ley. El arrendamiento renovado se regirá por lo dispuesto en la presente Ley para los arrendamientos de vivienda.

<sup>6</sup> Aunque debe reconocerse que la gran mayoría de los arrendamientos con prórroga convencional celebrados bajo el RDL-1985 analizados sí incluían una cláusula de estabilización de la renta.

con rara unanimidad<sup>7</sup>. Se subrayó que en muchos casos la incorporación al contrato de la prórroga convencional no era consecuencia de la autonomía de la voluntad, sino de la inercia, el arrastre de cláusulas de estilo, el desconocimiento, la transitoriedad ante la inminencia de una reforma integral de la LAU o el engaño. Cuando el arrendatario era persona jurídica el arrendamiento se convertía en tendencialmente perpetuo. Mantener una bolsa de contratos de duración indefinida en esas condiciones contradecía las finalidades pretendidas tanto por el RDL-1985 como por la LAU-1994. Para solucionar estos problemas se proponían medidas como autorizar la integración judicial del plazo (artículo 1128 CC); permitir el desistimiento unilateral por justa causa (artículo 1707 CC); aplicar a esos contratos el régimen previsto para los nacidos bajo el TRLAU-1964 (o al menos la DT 3.<sup>a</sup>-C LAU-1994 correspondiente a la actualización de la renta); o aplicar analógicamente el límite de 30 años previsto para el usufructo (artículo 515 CC) cuando el arrendatario fuera persona jurídica. También se sugirió que una diversidad de régimen tan acusada entre unos arrendamientos y otros podría ser inconstitucional.

Pero durante años esas críticas se quedaron en meras sugerencias de lege ferenda. La STC 17 marzo 1994 [RJ 89] confirmó la constitucionalidad de la reforma<sup>8</sup>. El tenor literal de la DT 1.<sup>ª</sup> LAU-1994 era tan claro que los operadores jurídicos consideraron que no había laguna ni margen para interpretar la norma, y, les gustara o no, entendieron que el arrendamiento celebrado bajo el RDL-1985 con prórroga convencional podía seguir siendo prorrogado por el arrendatario indefinidamente sin ningún límite<sup>9</sup>. Lo mismo pensó el Supremo. Durante 17 años no se cuestionó la validez de la prórroga convencional ni la aplicabilidad de otra norma distinta a la DT 1.<sup>a</sup> LAU-1994.

---

<sup>7</sup> DEL CARPIO FIESTAS, V., «Prórroga forzosa convencional y contratos arrendaticios urbanos perpetuos», *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, 2006, vol. 1, p. 293; FÍNEZ RATÓN, J. M., «Comentario a la DT 1.<sup>a</sup>», cit., p. 444; CARRASCO PERERA, A., «Régimen transitorio de los arrendamientos de locales de negocio», *Estudios sobre la LAU. Estudios de Derecho judicial*, 1996, 1, pp. 901-927; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Derecho de la construcción y de la vivienda*, 4.<sup>a</sup> ed., Colex, Madrid, 2003, pp. 588-590; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la DT 1.<sup>ª</sup> y a la DT 2.<sup>ª</sup>», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la LAU*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 8.<sup>a</sup> ed., 2013, pp. 1219-1224 y pp. 1395-1458; LLAMAS POMBO, E., «Comentario a la DT 1.<sup>a</sup>», LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Ley de Arrendamientos Urbanos*, La Ley, Las Rozas, 2007, II, pp. 1289-1308; LOSCERTALES FUERTES, D., *Arrendamientos urbanos*, Sepin, 8.<sup>a</sup> ed. Madrid, 2005, pp. 368-373; MARTÍ MARTÍ, J., *Extinción de los arrendamientos con prórroga forzosa*, Sepin, 2.<sup>a</sup> ed., Las Rozas, 2014, p. 181; PANTALEÓN PRIETO, F., «Introducción», en PANTALEÓN PRIETO, F. (coord.), *Comentarios a la LAU*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 33-34. Como casi único ejemplo de defensor convencido de la DT 1.<sup>a</sup> por respeto a la autonomía de la voluntad y confianza en la racionalidad del contrato puede citarse a DÍAZ DE OTAZU GUERRI, L., «Arrendamientos de local de negocio sujetos a la DT 1.<sup>ª</sup> LAU-1994», RCDI, 629, 1995, pp. 1363-1374.

<sup>8</sup> Comentada por COLINA GAREA, R., «Comentario a la STC 17 marzo 1994», CCJC, 35, 1994, pp. 737-770.

<sup>9</sup> LOSCERTALES FUERTES, D., *Arrendamientos urbanos*, cit., p. 373.

Continuó interpretando qué cláusulas debían considerarse prórroga convencional y cuáles no, pero cuando éstas eran claras entendió que nada impedía su prolongación indefinida (p. e., SSTS 31 octubre 2008 [RJ 5809] y 12 marzo 2009 [RJ 1645]).

#### 4. LA STS PLENO 9 SEPTIEMBRE 2009

La STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585] (ponencia de Salas Carceller) es la más importante e innovadora de todas las dictadas sobre prórroga convencional. También es la primera del Pleno, la más larga y la que contiene una reflexión más ambiciosa sobre la cuestión. Por primera vez, el Supremo se planteó la contradicción existente en su propia jurisprudencia entre las sentencias que prohibían prórrogas indefinidas en arrendamientos de industria y las que las admitían en los arrendamientos urbanos de local, y afirmó que la prórroga convencional era válida pero debía tener un límite, y éste podía ser fijado por el juez. El Supremo mismo impuso un límite a la prórroga que se le cuestionaba, y como el arrendatario era una persona jurídica, aplicó por analogía el plazo de 30 años previsto por el Código para el usufructo a favor de personas jurídicas (artículo 515 CC)<sup>10</sup>. En el mismo sentido decidieron posteriormente en casos muy similares las SSTS 14 julio 2010 [RJ 3907]<sup>11</sup> y 14 noviembre 2012 [RJ 10434].

Pese a la importancia de la sentencia de 2009, su supuesto de hecho se refería a un arrendamiento sometido a la LAU-1994 y con arrendatario persona jurídica, dos factores relativamente inusuales en el conjunto que estamos analizando, y esto limitó su impacto. Durante los dos años siguientes el Supremo siguió aplicando a los arrendamientos de local sometidos al RDL-1985 la doctrina anterior, según la cual valía la prórroga convencional ilimitada (así en las SSTS 10 marzo 2010a [RJ 2330], 10 marzo 2010c [RJ 2334], 8 abril 2011 [RJ 3157], 30 mayo 2011 [RJ 3993], 15 junio 2011 [JUR 223097], 11 julio 2011 [RJ 5014] y 8 septiembre 2011 [RJ 6414]).

#### 5. LA STS 17 NOVIEMBRE 2011

La STS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506]<sup>12</sup> (ponencia de Xiol Ríos) es la primera en la que el Supremo aplica a un arrendamiento

<sup>10</sup> Comentan esta sentencia LLÀCER MATAÇÀS, M. R., «Comentario a la STS Pleno 9 septiembre 2009», CCJC, 83, 2010, pp. 1073-1091, y VIDAL CALVO, L. J., «Comentario a la STS Pleno 9 septiembre 2009», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil) (2009)*, tomo 3, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 793-828.

<sup>11</sup> Comentada por ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario a la STS 14 julio 2010», CCJC, 85, 2011, pp. 627-638 y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Comentario a la STS 14 julio 2010», RDPat, 26, 2011, pp. 289-309.

<sup>12</sup> Sentencia comentada por GONZÁLEZ TIMOTEO, A., «Comentario a la STS 17 noviembre 2011», Diario La Ley, 2012, n.º 7941.

con prórroga convencional sujeto al RDL-1985 la DT 3.<sup>a</sup> LAU-1994 en lugar de la DT 1.<sup>a</sup> LAU-1994 prevista legalmente. Confirmando la instancia, el TS declaró que al incluir una prórroga convencional en su contrato las partes se estaban sometiendo voluntariamente al TRLAU-1964, y por tanto se les debía aplicar también a ellos la DT 3.<sup>a</sup> LAU-1995. Según el Supremo, la DT 3.<sup>a</sup> era aplicable a todos los contratos posteriores al RDL-1985 con prórroga convencional, y la DT 1.<sup>a</sup> quedaba únicamente para los que carecían de ella, que debían entenderse prolongados por tácita reconducción hasta que cualquiera de las partes indicara lo contrario. La aplicación de la DT 3.<sup>a</sup> al contrato imponía su extinción en un plazo de cinco años después de la entrada en vigor de la ley, es decir, en el año 2000<sup>13</sup>.

La STS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506] fue ciertamente novedosa, pero por lo visto no reflejaba un auténtico consenso en el seno de la sala 1.<sup>a</sup> respecto a la solución que había que dar al problema. Durante los cuatro años siguientes coexistieron las sentencias que adoptaban la nueva solución (STS 13 enero 2013 [RJ 4591]) con otras que seguían aplicando la anterior (STS 16 octubre 2013 [RJ 6967]). La doctrina tomó partido muy claro por la segunda, como había venido haciendo desde la aprobación de la ley<sup>14</sup>.

## 6. LAS SSTS PLENO 12 MARZO 2015 Y PLENO 8 JUNIO 2015

Buena parte de las líneas que seguían abiertas y generaban inseguridad jurídica a comienzos del año 2015 han sido abordadas y resueltas por estas dos sentencias, ambas del Pleno, que cierran la larga jurisprudencia sobre prórroga convencional. Las dos optan decididamente por la solución adoptada por la STS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506]<sup>15</sup>.

En la STS Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676] el arrendamiento de local se celebró en noviembre de 1985 con sometimiento convencional a la prórroga forzosa del TRLAU-1964. En marzo de 2011 el arrendatario persona física traspasó el local cumpliendo los requisitos legales. El INSS le reconoció la jubilación con efectos desde abril de 2011. Las arrendadoras resolvieron el contrato invocando la

<sup>13</sup> La aplicación del plazo de cinco años en este caso se debía a que se trataba de un arrendamiento de local cuyo titular era una persona jurídica (DT 3.<sup>a</sup>4), dedicado a actividad no comercial (regla 2.<sup>a</sup>), cuya tarifa del IAE era mayor que 190.000 pts., por lo que si extinción quedaba fijada para los cinco años desde la entrada en vigor de la ley (párrafo III).

<sup>14</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la STS 15 junio 2011», CCJC, 88, 2011, pp. 499-508; ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario a la STS 14 julio 2010», cit.; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Comentario a la STS 14 julio 2010», cit.

<sup>15</sup> Ambas comentadas por FAJARDO FERNÁNDEZ, J., respectivamente en CCJC, 99, 2015, pp. 463-482 y CCJC, 100, 2016.

jubilación y la nulidad del traspaso o, subsidiariamente, la extinción del arrendamiento por aplicación de la DT 3.<sup>a</sup> LAU-1994. Tanto el JPI como la AP desestimaron la demanda. El Pleno de la sala 1.<sup>a</sup> TS casó la instancia y reconoció la aplicabilidad de la DT 3.<sup>a</sup> LAU-1994, aunque desestimando la demanda, pues el traspaso había sido correcto y el cesionario tenía derecho a permanecer en el local diez años más según la DT 3.<sup>a</sup> LAU-1994. La sentencia citaba extensamente y asumía el razonamiento de la STS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506]. Pero dos de los magistrados disintieron del fallo y firmaron un voto particular en el que defendían que ante la presencia de una norma clara que regula directamente el supuesto (la DT 1.<sup>a</sup> LAU-1994), no hay laguna que completar con la analogía, por lo que debería haberse afirmado la validez de la prórroga convencional ilimitada, en la línea de las SSTS 31 octubre 2008 [RJ 5809] y 16 octubre 2013 [RJ 6967]. El razonamiento más funcional y eficaz de la mayoría (la prórroga convencional puede ser válida, pero no si es ilimitada) se enfrentaba al razonamiento más formalista de la minoría (esa decisión le corresponde al legislador, que ya ha decidido mediante la DT 1.<sup>a</sup> LAU-1994, directamente aplicable).

La STS Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741] ha venido a confirmar la doctrina mayoritaria de la sentencia de marzo. Dos contratantes celebraron en 1991 un arrendamiento de local para instalar un restaurante, y en 1999 y 2003 otros dos arrendamientos sobre otros tantos locales contiguos al primero para sucesivas ampliaciones del negocio inicial. Los tres contratos tenían prórroga convencional, pero con redacciones distintas. En 2011 la arrendadora resolvió el segundo de los arrendamientos invocando la extinción del plazo contractual. El Pleno del Supremo, confirmando la instancia, reconoció la validez de la cláusula, la necesidad de límite y la aplicabilidad de las DT LAU-1994, lo que le llevó a desestimar la demanda porque todavía no se había alcanzado la duración indicada por la DT 3.<sup>ª</sup> LAU-1994 para el arrendatario persona física<sup>16</sup>.

La sentencia de junio, sin votos particulares y que tiene por ponente a uno de los dos magistrados que habían disentido en la de marzo, permite afirmar que con ella el Supremo ha alcanzado por fin un consenso, impresión que queda corroborada por otras resoluciones posteriores que fallan en el mismo sentido (ATS 30 septiembre 2015 [JUR 236039], ATS 18 noviembre 2015 [JUR 280785], STS 19 febrero 2016 [RJ 45929] y STS 12 abril 2016 [RJ 1337])<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> En este caso, la regla aplicada era la DT 3.<sup>ª</sup>3 (arrendamiento de local con arrendatario persona física), que pone fin al arrendamiento por jubilación o muerte del arrendatario.

<sup>17</sup> Los Autos inadmiten a trámite sendos recursos contra sentencias de instancia que habían fallado en la misma línea aplicando la DT 3.<sup>a</sup> para poner límite a un arrendamiento con prórroga convencional. La Sentencia confirma la instancia que estimaba la demanda

### III. UNA JURISPRUDENCIA ESQUIVA

Con las últimas sentencias se puede considerar cerrado el problema de la prórroga convencional. Pero hasta llegar a este punto se ha recorrido un camino largo y tortuoso.

Entre 1989 y 2015 hay unas 70 sentencias del Supremo que se cuestionan la presencia o la validez de una prórroga convencional en un arrendamiento urbano<sup>18</sup>, de las que el 80% corresponden a arrendamientos urbanos de local celebrados bajo el RDL-1985 y el resto son de vivienda habitual o están sujetos a la LAU-1994. La distribución temporal de las sentencias no es uniforme y se concentra en dos bloques transcurridos entre 1989-2004 y 2008-2015<sup>19</sup>. Las ponencias están muy repartidas en los años del primer bloque y muy concentradas durante los años del segundo<sup>20</sup>.

Muchas de las sentencias podrían considerarse con razón puntos de inflexión respecto a las que las precedieron<sup>21</sup>. Pero la imagen que sugiere el conjunto no es la de una línea sinuosa con meandros, sino la de varias líneas que deciden conforme a criterios distintos. Podríamos hablar de cuatro líneas de sentencias. Una primera, surgida para arren-

---

de resolución por expiración del plazo contractual de un arrendamiento de vivienda celebrado en 1987 y rechaza que deba considerarse prórroga convencional una duración «por tiempo indefinido».

<sup>18</sup> Excluyo sentencias en las que podía haber prórroga convencional pero el asunto debatido era otro distinto: traspaso inconstituido en la STS 17 marzo 1994 [RJ 1992], desistimiento del arrendatario en las SSTS 4 marzo 2009 [RJ 2383] y 20 julio 2011 [RJ 6129], litispendencia en la STS 26 septiembre 2011 [RJ 6581], legitimación de un coarrendador para conceder una prórroga en la STS 4 marzo 2013 [RJ 3083].

<sup>19</sup> En los años 1989-2004 hay 27 sentencias, con especial concentración en los años 1992 (5), 1993 (5) y 1994 (3). Desde entonces el número se fue reduciendo paulatinamente hasta no haber ninguna en los años 2005 a 2007. Probablemente muchos dieron el debate por cerrado. Pero la STS 31 octubre 2008 [RJ 5809] abrió el paso a una nueva oleada de casos. Durante los años 2008-2016 hay 41 sentencias, con mayor concentración los años 2010 (9), 2011 (10) y 2012 (7). En 2015 se dictaron las dos sentencias que pueden ser definitivas. Las últimas resoluciones hasta la fecha son los dos autos de 2015 y una sentencia de 2016, todas en la misma línea.

<sup>20</sup> Las 27 sentencias del primer bloque fueron dictadas por 17 magistrados (una o dos ponencias cada uno). En el segundo bloque se observa una mayor concentración. Sin duda el más prolífico es García Varela, ponente de 20 de las 30 dictadas entre 2008-2012. En segundo lugar figura Xiol Ríos, con siete.

<sup>21</sup> La STS 12 mayo 1989 [RJ 3762] estableció la validez de la prórroga en contra de las anteriores. La STS 18 marzo 1992 [RJ 2206] presumió la existencia de prórroga convencional si no se pactaba lo contrario. La STS 16 junio 1993 [RJ 4840] dio un giro diciendo que la prórroga no se presumía y tenía que constar con claridad en el contrato. La STS 31 octubre 2008 [RJ 5809] consideró aplicable la DT 1.ª LAU-1994 y válida la prórroga indefinida. La STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585] admitió la validez de la prórroga y la necesidad de imponerle un límite temporal. La STS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506] decidió que ante la existencia de la prórroga debía aplicarse la DT 3.ª LAU-1994. La STS Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676] confirmó la validez, la necesidad de límite y la aplicabilidad de la DT 3.ª ante un arrendatario persona jurídica. La STS Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741] confirmó lo anterior aplicado a un arrendamiento nacido bajo la LAU-1994 y con arrendatario persona física.

damientos de industria, negando la validez de la prórroga por contraria a la naturaleza esencialmente temporal del arrendamiento; una segunda admitiendo la prórroga al amparo de la autonomía de la voluntad (y durante los primeros años presumiendo su existencia); la tercera restringiendo su presencia en contratos concretos aunque sin cuestionar su validez teórica; y una cuarta considerando que es cuestión interpretativa que corresponde a la instancia y queda excluida a la casación.

Salvo en la STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585], la argumentación de todas ellas proporciona una engañosa sensación de continuidad y coherencia que no se corresponde con la realidad. Leyéndolas parece que no hay problemas ni líneas jurisprudenciales opuestas. Las citas son abundantes, pero más bien generales, y con frecuencia eluden que han sido extraídas de sentencias que decidieron asuntos similares de forma totalmente opuesta.

Un ejemplo lo proporcionan las argumentaciones (que transcribo en nota al pie) ofrecidas por las SSTS 29 diciembre 2009 [RJ 2010, 405]<sup>22</sup> y 10 marzo 2010c [RJ 2334]<sup>23</sup>, dos de las sentencias que

<sup>22</sup> Según la STS 29 diciembre 2009 [RJ 2010, 405]: «[L]a utilización, en los contratos celebrados bajo la vigencia del RDL-1985 de expresiones tales como «tiempo indefinido» o «por meses» (...) no supone, en modo alguno, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa que aparecía regulado en el artículo 57 TRLAU-1964. Es más, el término «indefinido» resulta contrario a la naturaleza del contrato de arrendamiento en tanto la temporalidad es una de sus características esenciales, por lo que, precisamente, la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida. (...) «Tras la publicación del RDL-1985, los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio celebrados bajo su vigencia tendrán la duración que libremente estipulen las partes. Resulta ser ésta una de las novedades más importantes que aportó el RDL citado, al volverse a un sistema en el que los arrendamientos urbanos son concebidos como contratos de duración limitada a los concretos términos fijados por las partes o, en su caso, establecer su duración de acuerdo con el régimen general regulado por el CC. Desapareció así el sistema de prórroga forzosa por el que los contratos de esta naturaleza se prorrogaban por imperativo legal (art. 57 TRLAU-1964). No obstante, nada impide que, si las partes así lo acuerdan y en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 CC, los arrendamientos posteriores a la entrada en vigor del RDL-1985 puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 TRLAU-1964. Pero, en tal caso, es necesario que exista un acuerdo expreso de sometimiento..., ya que, en caso contrario, hay que estar a la norma general, a saber, la duración del contrato por el tiempo convenido. El referido acuerdo, en general, debe existir en el contrato explícitamente, aunque cabe deducir la existencia de sometimiento del arrendador a la prórroga de modo implícito, que no tácito, de los propios términos del contrato, pero, aún en estos casos, es decir, sin que exista una cláusula específica, la deducción de duración indefinida debe ser clara y terminante.

«En definitiva, si la cuestión relativa al sometimiento o no al régimen de prórroga forzosa es dudosa, debe entenderse que no existe el acuerdo que permita la aplicación del mismo. Y, en el presente caso, resulta que la propia sentencia recurrida reconoce la oscuridad de la estipulación relativa a la duración del arrendamiento, al exponer que la misma permite justificar las diversas interpretaciones ofrecidas por los litigantes «la mantenida por el arrendatario actor y por la Sentencia apelada y la que sostiene la entidad arrendadora». Esta falta de claridad permite concluir que en el contrato no aparece una voluntad implícita de sometimiento al régimen de prórroga forzosa, por lo que, como ya se adelantaba, el motivo debe ser estimado».

<sup>23</sup> Según la STS 10 marzo 2010c [RJ 2334]: «Se necesita examinar cuál es la intención de las partes, a fin de comprobar si lo realmente querido por el arrendador y el arrendatario es someterse, en cuanto a su duración, a un régimen de prórroga forzosa. Y esto es

exponen con más detalle y rigor la que podemos llamar postura oficial. Ambas recogen una doctrina muy similar resumible como sigue: Lo normal en los contratos (incluido el de arrendamiento) es que sean temporales; la prórroga forzosa es un fenómeno legal que debe imponerse sólo cuando así lo indica el legislador; pero no hay obstáculo a que las partes lo pacten en un contrato; tal pacto no debe presumirse y debe proceder del acuerdo libre de las partes.

Esta doctrina no es satisfactoria porque no ayuda a entender las cuestiones discutidas: si el contrato concreto que se somete al análisis del tribunal tiene o no una prórroga, si esta prórroga puede ser indefinida o si se le debe imponer un límite. De hecho, las dos sentencias citadas deciden en sentido opuesto: la STS 29 diciembre 2009 [RJ 2010, 405] en contra de la existencia de la cláusula, y la STS 10 marzo 2010c [RJ 2334] a favor de ella. Y eso que los dos contratos cuestionados eran exactamente iguales (correspondían a varios locales que un propietario había arrendado a un mismo arrendatario empleando el mismo modelo de contrato), las sentencias de instancia decían lo mismo, y las del Supremo contaron con el mismo ponente (García Varela)<sup>24</sup>.

Sin duda, se trata de un ejemplo extremo, y el análisis de aquellos contratos era especialmente difícil (cfr. V-6). Pero la contradicción del Supremo al dictar esas sentencias es síntoma de un problema más general. La misma doctrina abstracta es invocada una y otra vez para justificar sentencias que ante contratos similares deciden en sentido contrario. Si sentencias que deciden en sentido opuesto tienen la misma argumentación, hay motivos para sospechar que ésta es irrelevante. Y todo esto genera una cadena de inseguridad jurídica<sup>25</sup>.

---

lo que hace precisamente la sentencia recurrida: analizar los contratos de arrendamiento para alcanzar la determinación de cuál fue la voluntad real de las partes. En este examen, desde una interpretación literal (art. 1281.1 CC), valora que la intención de los contratantes era, claramente, la de regirse por el régimen de prórroga forzosa; ello en tanto la cláusula 20.<sup>a</sup>, relativa a la duración de ambos contratos, que resultan ser sustancialmente idénticos, expresa literalmente que «transcurrido el vencimiento del presente contrato se procederá a expedir uno nuevo, cada tres años, en las mismas condiciones que el presente, con prórroga forzosa y sin incrementos adicionales».

<sup>24</sup> En realidad, los contratos no eran dos sino tres. Los conflictos se sustanciaron en tres procesos diferentes, que fueron decididos por la AP Barcelona de forma idéntica: la prórroga forzosa existía y era válida, por lo que debía rechazarse la demanda -reconvencción en uno de los casos- de resolución por extinción del plazo. Las tres fueron recurridas en casación y dieron lugar a las SSTS 29 diciembre 2009 [RJ 2010, 405], 10 marzo 2010c [RJ 2334] y 7 julio 2010b [5706]. La primera y la tercera casaron la instancia y estimaron la demanda de resolución por entender que el contrato carecía de prórroga convencional, pero la segunda la confirmó afirmando que había prórroga convencional.

<sup>25</sup> Una jurisprudencia vacilante o que no da reglas seguras genera una inseguridad que se traslada a todos los operadores jurídicos, desde los abogados encargados de redactar los contratos a los jueces de instancia. Esto ha ayudado a convertir esta materia en un campo en el que no está claro si lo que se quiere hacer se puede hacer ni cómo puede hacerse, terreno abonado para los contratos ambiguos, los anexos que en realidad son nue-

Con todo, por muchas que sean las críticas que se le puedan hacer a la jurisprudencia sobre este tema a lo largo de estos años, debemos recordar que con las cuatro sentencias tan citadas el Supremo ha dado, ahora sí, criterios claros y prácticos al operador jurídico. La travesía ha sido larga, pero ha llegado a buen puerto.

#### IV. VALIDEZ DE LA PRÓRROGA CONVENCIONAL Y NECESIDAD DE LÍMITE

##### 1. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA PRÓRROGA CONVENCIONAL

Al reconocer la validez de la prórroga, el TS ha rectificado su jurisprudencia anterior elaborada en torno a los arrendamientos sometidos al CC, principalmente de industria, que decía lo contrario (ejemplificada en las SSTS 16 noviembre 1957 [RJ 3406], 7 junio 1979a [RJ 2344], 7 junio 1979b [RJ 2345], 9 julio 1979 [RJ 2935], 15 octubre 1984 [RJ 4862], 9 diciembre 1985 [RJ 6427], 7 mayo 1986 [RJ 2344], 17 septiembre 1987 [RJ 6051], 26 febrero 1992 [RJ 1536], 17 abril 1993 [RJ 2888], 10 junio 1993 [RJ 5404], 19 julio 2001 [RJ 5559]). En todas ellas el Supremo declaró nula la prórroga convencional contenida en el texto del contrato de arrendamiento y estimó la demanda de resolución contractual por expiración del plazo<sup>26</sup>, aplicando para ello el artículo 1581 CC («Si no se hubiese fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario. En todo caso cesa el arrendamiento, sin necesidad de requerimiento especial, cumplido el término»).

Según aquellas sentencias, la prórroga indefinida es contraria a la naturaleza esencialmente temporal del arrendamiento y a la exigencia legal de «tiempo determinado» del artículo 1543 CC, frente a la que no cabe pacto contrario (SSTS 7 junio 1979a [RJ 2344], 15 octu-

---

vos contratos, los negocios fiduciarios, las cláusulas innecesarias o insuficientes, etc. Estudiar una argumentación como ésta, elaborada engarzando fragmentos de sentencias como si formaran un todo orgánico cuando en realidad decidían conforme a criterios opuestos, no resulta una tarea demasiado atractiva. Pero lo interesante de la jurisprudencia no es lo que dice, sino lo que decide y por qué lo decide.

<sup>26</sup> En este grupo sólo había una nota discordante que daba por válida la prórroga convencional en un arrendamiento de industria: la STS 27 octubre 1995 [RJ 7522], sobre arrendamiento de mina. Su argumentación se centraba en la existencia de una amplia «sociología locaticia existente en la actualidad», pero no abordaba el principal argumento de las sentencias de la línea contraria: la diferencia esencial entre una prórroga impuesta por el legislador y una decidida por las partes.

bre 1984 [RJ 4862], 17 noviembre 1984 [RJ 5560], 17 septiembre 1987 [RJ 6051]); la duración indefinida deja la decisión sobre la duración del contrato a la arbitrariedad de uno de los contratantes, en contra del artículo 1256 CC (SSTS 15 octubre 1984 [RJ 4862], 17 abril 1993 [RJ 2888]); el plazo indefinido tiene carácter antisocial y es cuestión de orden público (STS 17 noviembre 1984 [RJ 5560]); en caso de falta de plazo en el arrendamiento procede aplicar los artículos 1577-1581 CC, que llevan a la extinción del contrato en cuanto termine el periodo vigente (SSTS 9 julio 1979 [RJ 2935], 26 febrero 1992 [RJ 1536]); y no cabe intervención integradora del juez porque los artículos 1128 y 1289 CC están previstos para otros supuestos (STS 26 febrero 1992 [RJ 1536]).

En el fondo de todas ellas latía la convicción de que la temporalidad del arrendamiento es un elemento que puede ser alterado por la ley, pero no por los contratantes (artículos 6.2, 6.3 y 1255 CC). La prórroga forzosa debía aceptarse en los arrendamientos urbanos porque la ley especial la imponía con carácter imperativo, pero no era admisible fuera de esos casos. Así, en la STS 17 noviembre 1984 [RJ 5560]<sup>27</sup> el Supremo negó la validez de la prórroga contractual por contraria a los artículos 6.2 y 1255 CC, pero declaró que al arrendamiento le era aplicable la prórroga legal impuesta por el TRLAU-1964. Vale la pena leer su argumentación, probablemente la mejor encontrable en la jurisprudencia en contra de la admisibilidad de la prórroga convencional:

«Una cosa es la prórroga del contrato de arrendamiento prevista a voluntad del arrendatario y otra la forzosa o legal del artículo 57 TRLAU-1964, ya que, de una parte, mientras la segunda tiene una consecuencia de duración mientras la norma que la apoya subsista y que de ser derogada en su día no amparará su virtualidad continuadora de vínculo arrendaticio, el primer aspecto, de convalidarse con efecto de vinculación contractual, evidentemente conduciría a una continuidad arrendaticia intemporal, de acogerse permanentemente a ella y sus efectos el arrendatario, que llevaría a desnaturalizar el contrato creado con carácter de arrendamiento, cuya característica es precisamente la temporalidad de la manifestación de expresión de voluntad de los contratantes, convirtiéndolo en otro de distinta naturaleza, y además impediría el ejercicio de derechos conferidos por el legislador para las situaciones de prórroga, concretamente el referente a la renta establecido en el artículo 100 TRLAU-1964 (...) la prórroga voluntaria anual indefinida pactada, genéricamente considerada, proyecta efectos desnaturalizadores del contrato de arrendamiento a que afecta (...) claro es que produce antisocialidad y ejercicio anormal del contrato de arrendamiento concertado objeto de controversia.»

<sup>27</sup> La sentencia está comentada por GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario a la STS 17 noviembre 1984», CCJC, 7, 1985, pp. 2159-2173.

Lo paradójico de esta sentencia es que reconocía que la cláusula existía y había sido querida por las partes, declaraba su nulidad, y luego la aplicaba por mandato de una ley imperativa. En el ámbito contractual resulta sorprendente que una cláusula no pueda ser más que obligatoria o nula. Lo normal es que aquello que la ley impone en algunos casos, las partes puedan pactarlo en otros; y, al revés, que lo que la ley prohíbe con sanción de nulidad en unos casos, no lo imponga ella misma en otros.

Quizá por eso mismo, ya antes de la aprobación del RDL-1985 había sentencias que admitían prórrogas convencionales en arrendamientos urbanos que por algún motivo no encajaban en el ámbito de aplicación del TRLAU-1964 (p. e., porque el arrendatario era extranjero y no se había acreditado la reciprocidad, artículo 7 TRLAU-1964). En aquellos casos el Supremo no tenía problema en reconocer que las partes se habían sometido voluntariamente a una prórroga convencional o, lo que es lo mismo, que el arrendador había renunciado al beneficio a excluir la prórroga forzosa que le daba el artículo 6 TRLAU-1964 (SSTS 29 abril 1960 [RJ 1697] y 6 marzo 1968 [RJ 1459]).

Tras la aprobación del RDL-1985 el Supremo pasó a admitir automáticamente (e incluso excesivamente) la validez de las prórrogas convencionales arrendaticias (p. e., SSTS 12 mayo 1989 [RJ 3762], 27 junio 1989 [RJ 4789], 4 febrero 1992 [RJ 823], 18 marzo 1992 [RJ 2206], 20 abril 1993 [RJ 3104] y 14 junio 1994 [RJ 4817]). Pero lo hizo sin desdecirse en ningún momento de su doctrina anterior en la que negaba la posibilidad de pactar la prórroga convencional, doctrina que siguió aplicando a los arrendamientos de industria (p. e., SSTS 9 diciembre 1985 [RJ 6427], 7 mayo 1986 [RJ 2344], 17 septiembre 1987 [RJ 6051], 26 febrero 1992 [RJ 1536], 17 abril 1993 [RJ 2888], 10 junio 1993 [RJ 5404], 19 julio 2001 [RJ 5559]). Por tanto, durante casi veinte años la línea jurisprudencial que permitía la prórroga convencional en arrendamientos urbanos y la que la rechazaba para los de industria han convivido en paralelo sin apenas interferencias ni citas cruzadas, como si no tuvieran nada que ver<sup>28</sup>, aunque los argumentos que se aducen para justificar la postura mantenida en cada una de las materias podrían usarse casi exactamente igual respecto a la otra.

---

<sup>28</sup> La STS 17 noviembre 1984 [RJ 5560] fue durante años la única sentencia sobre arrendamientos urbanos que asumía los argumentos de la línea sobre arrendamientos de industria. A partir de la STS 25 noviembre 2008 [RJ 6934] el TS citó con más frecuencia su propia jurisprudencia sobre arrendamiento de industria cuando quería defender la invalidez de la prórroga convencional en el contexto de los arrendamientos urbanos.

## 2. LA VALIDEZ DE LA PRÓRROGA CONVENCIONAL

La STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585] fue la primera en la que el Supremo abordó directamente la contradicción entre las dos líneas jurisprudenciales paralelas. En los hechos de aquel caso, un arrendamiento de local cuya arrendataria era una persona jurídica, las partes estaban unidas por un contrato sin prórroga convencional y en 1998 firmaron uno nuevo que incluía una. En 2003 el arrendador demandó su extinción, a lo que el arrendatario opuso la prórroga convencional. El TS confirmó la instancia desestimando la demanda y reconoció la existencia de la prórroga y su validez.

La sentencia diferenció entre «duración determinable», «duración indefinida» y «sin plazo». La primera y la tercera no duran más que lo previsto en el contrato y no plantean problema. La tercera es la propia de los arrendamientos con prórroga convencional. En el que probablemente sea el párrafo más importante de toda la jurisprudencia pronunciada sobre la prórroga convencional, el Pleno afirmó que

«la intemporalidad que supone el hecho de dejar exclusivamente a voluntad del arrendatario, de modo indefinido, el tiempo durante el que habrá de usar la cosa arrendada, conculca la propia naturaleza del contrato», [pero] «tampoco puede aceptarse que ello deba equivaler a una absoluta falta de previsión contractual que pudiera reclamar la directa aplicación de lo establecido en el artículo 1581 CC y ni siquiera la consideración de que el plazo de duración sería de un año», [y por tanto], «la solución que, por vía jurisprudencial, cabe dar al planteamiento de tales situaciones ha de llevar a integrar la cláusula de la forma más adecuada a efectos de que no se produzcan unos u otros efectos indeseables».

Comparto plenamente el análisis básico de la sentencia. Aunque el arrendamiento tenga una duración típicamente limitada y aunque la prórroga ilimitada puede parecer contraria a la prohibición de arbitrariedad (1256 CC), el problema no es la prórroga sino que ésta carezca de límite y su duración sea potencialmente ilimitada<sup>29</sup>. La prórroga convencional que figura en el contrato sin ningún límite temporal es válida; su prolongación indefinida es

<sup>29</sup> El argumento se había acuñado en sentencias sobre contratos «por tiempo indefinido» que estimaban la resolución contractual por motivos distintos de la falta de determinación del plazo, como el desarrollo de actividades peligrosas y obras incontinentadas o el cierre del local durante seis meses (SSTS 16 noviembre 1957 [RJ 3406], 19 enero 1965 [RJ 202]). Pero ya la STS 29 abril 1960 [RJ 1697] había afirmado que el hecho de que en los arrendamientos con prórroga indefinida sólo una de las partes esté facultada para ejercer la prórroga no contradice el principio de no arbitrariedad del artículo 1256 CC.

inaceptable<sup>30</sup>; pero la consecuencia no debe ser la extinción del contrato, sino que los tribunales pueden y deben imponerle un límite temporal. La solución no está en impedir la prórroga sino en integrar el límite temporal que le falta. Con esto se resuelven las razones de la jurisprudencia sobre arrendamientos de industria.

Hoy, después de las SSTs 31 octubre 2008 [RJ 5809], Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585] y 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506], reafirmadas luego por las SSTs Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676], Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741] y 19 febrero 2016 [RJ 45929]), ya no puede dudarse que la jurisprudencia admite la validez de la prórroga convencional, incluso aunque carezca de límite.

Es cierto que en algunas sentencias el Supremo ha dejado caer expresiones que podrían sugerir que la prórroga convencional ilimitada es nula<sup>31</sup>. Pero no deben tomarse en sentido demasiado literal. Su objetivo era negar la prolongación indefinida del contrato, no afirmar la invalidez de la prórroga, y fueron pronunciadas en sentencias que integraron el contrato e impusieron un límite a la prórroga. Si el Supremo hubiera pensado realmente que la cláusula con duración indeterminada era nula, debería haber estimado la demanda de resolución contractual por expiración del plazo como en los arrendamientos de industria, en lugar de integrar el límite, que es lo que hizo en este caso. Integrar el límite de una prórroga convencional es tanto como reconocer la validez de prórroga<sup>32</sup>.

### 3. LA POSIBILIDAD DE FIJACIÓN JUDICIAL DE UN LÍMITE TEMPORAL PARA LA PRÓRROGA

La validez de la prórroga y la necesidad de que ésta tenga un límite temporal son dos cuestiones muy relacionadas, porque los argumentos contrarios a la posibilidad de lo primero encuentran respuesta satisfactoria al permitir lo segundo. La existencia de un límite temporal permite salvar las dudas sobre la validez de la prórroga.

Pero no es frecuente que las partes que acuerdan una prórroga convencional incluyan también un límite. De hecho, ninguno de

<sup>30</sup> Con expresión que venía usando la doctrina, p. e. DEL CARPIO FIESTAS, V, «Prórroga forzosa convencional», cit., p. 316.

<sup>31</sup> «La duración indefinida no puede ser acogida» (STs Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585]); la cláusula es «ilegal por contraria al tiempo determinado» (STs 14 julio 2010 [RJ 3907]); «el criterio favorable a la duración indefinida de estos arrendamientos que podría deducirse de la STS 31 octubre 2008 [RJ 5809] (...) debe entenderse modificado por la STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585]» (STs 12 marzo 2015 [JUR 136676]).

<sup>32</sup> O, si se prefiere, una vez admitido que el juez puede integrar el límite, la cuestión sobre la validez de la prórroga convencional ha pasado a segundo plano, porque la consecuencia es la misma: el tribunal debe fijar un límite y el contrato seguirá siendo válido hasta que se alcance.

los arrendamientos cuestionados en las sentencias analizadas tenía uno. Esto hace que cobre especial importancia la cuestión sobre si el juez puede o no integrarlo.

Antes de 2009 había casos en que el demandado solicitaba al juez que fijara un límite a la prórroga como alternativa a la estimación de la demanda de resolución, pero el Supremo las rechazaba sistemáticamente (SSTS 9 julio 1979 [RJ 2935], 9 diciembre 1985 [RJ 6427] y 26 febrero 1992 [RJ 1536]). Esto cambió radicalmente con la STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585], para la que «la solución que, por vía jurisprudencial, cabe dar al planteamiento de tales situaciones ha de llevar a integrar la cláusula de la forma más adecuada a efectos de que no se produzcan unos u otros efectos indeseables». Es decir, el juez debe integrar el contrato añadiéndole el límite del que carece. Esta respuesta es muy adecuada. Soluciona el problema teórico y práctico de un arrendamiento indefinido sin límite en el que el arrendador queda a merced de las necesidades del arrendatario, respetando a la vez la autonomía de la voluntad de unas partes que, evidentemente, han pactado un arrendamiento de larga duración.

A pesar de la sentencia de 2009, al principio el Supremo aplicó su nueva doctrina sólo a los arrendamientos celebrados bajo la LAU-1994 (SSTS 14 julio 2010 [RJ 3907] y 14 noviembre 2012 [RJ 10434]), pero no a los celebrados bajo el RDL-1985, para los que siguió admitiendo la validez de la prórroga ilimitada que se deducía de la DT 1.<sup>a</sup> LAU-1994 (así en las SSTS 10 marzo 2010a [RJ 2330], 10 marzo 2010c [RJ 2334], 8 abril 2011 [RJ 3157], 30 mayo 2011 [RJ 3993], 15 junio 2011 [JUR 223097], 11 julio 2011 [RJ 5014] y 8 septiembre 2011 [RJ 6414]).

La STS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506] fue la primera en imponer un límite temporal a un arrendamiento con prórroga convencional sujeto al RDL-1985. Una policlínica era arrendataria de un local en contrato celebrado bajo el RDL-1985 en el que no queda claro si realmente había prórroga forzosa o no. En 1988 las partes sustituyeron ese contrato por otro «conservando las prórrogas legales». El arrendador vendió el local a un tercero que instó la extinción del arrendamiento por terminación del plazo, y la arrendataria ejerció el derecho de retracto. La existencia de prórroga convencional era el presupuesto clave para decidir si el retracto se había ejercitado tempestivamente o no. La Audiencia, dando la razón al arrendador, declaró que había prórroga convencional pero el contrato se había extinguido por aplicación del límite temporal impuesto por la DT 3.<sup>a</sup> LAU-1994. Según el Supremo, las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> LAU-1994 que limitaban la duración de los contratos sometidos

dos al TRLAU-1964 debían aplicarse también a los nacidos bajo el RDL-1985 que voluntariamente se habían sometido al TRLAU-1964, es decir, a los arrendamientos con prórroga convencional.

La solución propuesta por la STS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506] tardó un tiempo en ser aplicada por el Supremo en todas sus sentencias. Durante los cuatro años siguientes hubo dos líneas jurisprudenciales paralelas, una que aplicaba el límite previsto en las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> LAU-1994 (STS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506] y 13 enero 2013 [RJ 4591]) y otra que seguía permitiendo la prórroga convencional sin ningún límite (SSTS 12 noviembre 2012 [RJ 10428] y 16 octubre 2013 [6967]). La unificación en favor de la aplicación de las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> LAU-1994 no ha llegado hasta las SSTS Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676] y Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741].

Por tanto, sobre este punto hoy tampoco cabe duda. Cualquier prórroga convencional contenida en un arrendamiento urbano necesita un límite, y si el contrato carece de él es integrable judicialmente. Las SSTS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585], 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506], Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676] y Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741] así lo indican inequívocamente.

Quedan más cuestiones acerca del límite (entre ellas, cómo se obtiene y cuál es su naturaleza), pero las veremos en un apartado posterior.

## V. LAS CLÁUSULAS DE PRÓRROGA CONVENCIONAL

### 1. UN COMIENZO DESAFORTUNADO

En el apartado anterior nos hemos referido a la discusión sobre la validez/invalidéz de la prórroga convencional. En éste analizaremos qué cláusulas indican o no la existencia de prórroga convencional.

Aunque el RDL-1985 suprimió expresamente la prórroga forzosa legal para los arrendamientos urbanos posteriores a su entrada en vigor, en sus primeros años de aplicación la frase del texto legal «sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga» fue interpretada de dos modos distintos por las Audiencias. Para las partidarias de la «tesis de la supresión automática»<sup>33</sup>, la prórroga legal quedaba suprimida para todos los arrendamientos futuros. Para las partidarias de la llamada «tesis de la supresión negocial», ejemplificada por la SAP Sevilla 28 septiembre

<sup>33</sup> Los términos son de FÍNEZ RATÓN, J. M., «Comentario a la DT 1.<sup>a</sup>», en PANTALEÓN PRIETO, F. (coord.), *Comentarios a la LAU*, Civitas, Madrid, 1995, p. 443.

1990<sup>34</sup>, lo único que hacía el RDL-1985 era convertir la prórroga forzosa en Derecho supletorio, es decir, permitir que las partes la desplazaran, pero seguía imponiéndola si no decían nada. La doctrina (destacadamente Etelvina Valladares Rascón<sup>35</sup>) reaccionó con dureza contra esta segunda interpretación. La intención del RDL-1985 era inequívoca en el preámbulo y en el título del artículo («Supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos»); «lo contrario de no ser aplicable forzosamente es ser aplicable voluntariamente, y no ser aplicable salvo pacto en contrario»; y las Audiencias que habían entendido lo contrario estaban enmendando la plana al legislador empleando el medio a la larga más dañino para los mismos arrendatarios a los que querían proteger.

En sus primeras sentencias sobre el RDL-1985 el Supremo no sólo admitió la validez de la prórroga convencional (recordemos que en aquel momento afirmaba lo contrario respecto a los arrendamientos de industria), sino que encontró prórrogas convencionales en contratos que cabe dudar que realmente la tuvieran (SSTS 12 mayo 1989 [RJ 3762], 4 febrero 1992 [RJ 823], 18 marzo 1992 [RJ 2206], 20 abril 1993 [RJ 3104] y 14 junio 1994 [RJ 4817]). En la STS 12 mayo 1989 [RJ 3762] el alquiler de local se había firmado en octubre de 1985 con un plazo de un año. Pasado ese plazo, el arrendador instó la extinción del contrato. El TS confirmó la instancia que desestimaba la demanda por entender que las partes se habían sometido a prórroga convencional. Con los datos que proporciona la sentencia, nada hace pensar que el contrato tuviera prórroga o que las partes hubieran querido incluirla, sino, más bien, que para el Supremo la prórroga forzosa seguía siendo un elemento natural del arrendamiento aun después del RDL-1985. La STS 4 febrero 1992 [RJ 823] afirmó que el RDL-1985 «ha hecho aconsejable en la práctica, para evitar dudas, que en aquellos supuestos en que realmente no se quiera la prórroga forzosa pero se inserten cláusulas sobre revisión de rentas, se exprese con toda claridad que el contrato no está sometido a aquélla». Para la STS 18 marzo 1992 [RJ 2206] «el RDL-1985 no suprime la prórroga forzosa para los arrendamientos urbanos; lo que sucede es que cabe su abrogación por las voluntades negociales manifiestas de los interesados al celebrar un pacto de arriendo,

<sup>34</sup> Citada en los trabajos referidos en la nota siguiente.

<sup>35</sup> VALLADARES RASCÓN, E., «La prórroga forzosa y el RDL-1985», Poder Judicial, 22, 1991, pp. 205-213; «Comentario a la STS 10 junio 1993», CCJC, 32, 1993, pp. 693-700, y posteriormente «Comentario a la DT 1.ª», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la LAU*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 8.ª ed., 2013, pp. 925-933. *Vid.* también DE LA CUESTA SÁENZ, J. M., «Comentario a la STS 18 marzo 1992», CCJC, 29, 1992, pp. 425-432.

en el que el arrendatario renuncia y se somete a la vigencia temporal, que libremente se estipule, lo que resulta correcto y adecuado, conforme a los principios generales de la contratación».

Aun sin llegar a estos extremos, y aparte de otros casos en que identificó y admitió correctamente verdaderas prórrogas convencionales contenidas en otros contratos (p. e., SSTS 27 junio 1989 [RJ 4789]), en los primeros diez años de vigencia del RDL-1985 el Supremo consideró que indicaban la existencia de una prórroga convencional válida cláusulas como las siguientes: elevación de la renta «en caso de prórroga» (STS 18 marzo 1992 [RJ 2206]); prórroga «si ninguna de las partes comunica a la otra su intención de resolver» (SSTS 20 abril 1993 [RJ 3104] y 14 junio 1994 [RJ 4817]); «un año, más otro de prórroga» (STS 4 marzo 1994 [RJ 1650]); duración de «un año prorrogable» (STS 8 junio 1996 [RJ 4830]); cláusula de prohibición de variar el destino del local (SSTS 4 febrero 1992 [RJ 823] y 20 abril 1993 [RJ 3104]); cláusula de actualización de la renta (STS 20 abril 1993 [RJ 3104]); autorización al arrendatario para realizar obras de adaptación a su nuevo destino (STS 4 febrero 1992 [RJ 823]); pago de la renta por semestres anticipados (STS 20 abril 1993 [RJ 3104]); atribución del pago de la contribución al arrendatario (STS 20 abril 1993 [RJ 3104]). En ninguna de estas sentencias consta la presencia de ninguna otra cláusula contractual de la que pueda deducirse más claramente que las partes quisieran pactar realmente una prórroga convencional.

Esta interpretación suscitó la crítica unánime de la doctrina, que la consideró «extravagante» y «descabellada»<sup>36</sup> y que mencionó, junto a los arrendamientos con prórroga legal y con prórroga convencional, a un grupo de arrendamientos con «prórroga impuesta por los tribunales»<sup>37</sup>. Y, en efecto, con criterios actuales podemos afirmar que ninguno de aquellos contratos contenía propiamente una prórroga convencional. La mera inclusión de la palabra «prórroga» en el contrato no es en absoluto suficiente, pues con ello se puede estar pensando (y se piensa muchas veces) en una tácita reconducción más que en un derecho a imponer la prolongación del contrato, que es lo que en realidad es una prórroga. La existencia de cláusula de actualización tampoco implica necesariamente que las partes hayan querido una prórroga convencional, pues puede preverse para el caso de prolongación del contrato por nuevo acuerdo o por tácita reconducción.

<sup>36</sup> Por todos, CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Derecho de la construcción*, cit., p. 589.

<sup>37</sup> DEL CARPIO FIESTAS, V., «Prórroga forzosa», cit., p. 283; FÍNEZ RATÓN, J. M., «Comentario a la DT 1.ª», cit., p. 444.

Junto a aquella línea de sentencias excesivamente proclives a encontrar prórrogas convencionales donde probablemente nadie quiso ponerlas, apareció pronto otra en sentido opuesto ejemplificada por la STS 16 junio 1993 [RJ 4840] (ponente: Albácar López) (si no contamos la anterior demasiado escueta STS 10 octubre 1991 [RJ 6905]). El arrendamiento estaba sujeto al RDL-1985, tenía duración de un año y hacía varias referencias a las «prórrogas legales» y a una «prórroga tácita». El arrendador instó el desahucio por extinción del plazo pactado y su demanda fue desestimada por Juzgado y Audiencia. Casando la instancia, el Supremo estimó la demanda por entender que el contrato no establecía una prórroga convencional, sino más bien una tácita reconducción, y afirmó que la prórroga forzosa tiene que ser clara. Siguió esta línea las SSTS 18 marzo 1994 [RJ 1996], 17 julio 1995 [RJ 5706] y otras posteriores.

Desde entonces el Supremo ya no se excede en encontrar prórrogas donde no las hay, afirma que ante la duda debe aplicarse una cierta presunción de temporalidad de los contratos (SSTS 29 diciembre 2009 [RJ 2010, 405] y 7 julio 2010b [RJ 5706]), muestra cierta reticencia a deducir la prórroga convencional indirectamente de cláusulas destinadas a otra cosa como el permiso de obras o la cláusula de estabilización aunque el contrato presente otros elementos que indiquen en esa dirección (como ocurría en la STS Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741]), e incluso se pasa al otro extremo de negar que tengan prórroga convencional contratos en los que sí consta una prórroga clara (p. e., SSTS 13 junio 2002 [RJ 4893] y 25 noviembre 2008 [RJ 6934]). Probablemente sea una reacción frente a aquella época en que veía prórrogas convencionales por todas partes. Y no hay nada que objetar. Aunque la regla no esté formulada expresamente, es correcto aplicar una especie de presunción de inexistencia de prórroga convencional.

## 2. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO Y CASACIÓN

Decidir si un arrendamiento contiene o no una cláusula de prórroga convencional es una tarea de interpretación contractual que, según las reglas habituales, corresponde al tribunal de instancia y no es revisable en casación más que si ha sido «absurda, arbitraria o ilógica»<sup>38</sup>. Por tanto, la posibilidad de revisarla en casación dependerá de su objetividad. Si identificar la cláusula es una tarea

---

<sup>38</sup> «Como es bien sabido, la interpretación de los contratos es función propia de los órganos de instancia, por lo que debe ser mantenida en casación salvo que sea absurda, ilógica o arbitraria, calificativos que, como ya se ha adelantado, no pueden predicarse respecto de los argumentos que ofrece la sentencia recurrida, que de manera razonada explica que el

sencilla y fundamentalmente objetiva, la decisión de la instancia podrá ser considerada por el Supremo contraria a lo «objetivamente razonable», y por tanto «absurda, arbitraria o ilógica» y casable. Si, por el contrario, calificar una cláusula como prórroga convencional es una tarea complicada, críptica y en último término subjetiva, el Supremo dará por buena cualquier decisión de la instancia sin profundizar en si es o no correcta y rechazará la casación.

Este mismo razonamiento puede emplearse en sentido inductivo. Una tasa elevada de sentencias que casan la instancia indicará que el Supremo tiene una visión más bien objetiva y controlable de la cláusula de prórroga convencional (y viceversa). Los datos parecen apuntar precisamente en este sentido. La casación es relativamente frecuente, y eso hace pensar que el Supremo considera la decisión sobre si hay o no prórroga convencional una cuestión fundamentalmente objetiva, y por tanto evaluable en casación<sup>39</sup>.

Por mi parte, creo que en el momento presente, una vez reconocido que la prórroga convencional en abstracto es admisible, identificar una es relativamente sencillo. No requiere tener a la vista el contrato entero ni ofrece mucho margen al intérprete. El arrendamiento tiene cláusula de prórroga convencional o no la tiene. En el primer caso el juez debe admitirla (y, en su caso, integrarla con un límite si carece de él), y en el segundo rechazarla<sup>40</sup>.

---

necesario pacto explícito se deduce visiblemente de las estipulaciones que las partes, tras negociar, incluyeron en el documento contractual» (STS 10 marzo 2010c [RJ 2334]).

<sup>39</sup> Respecto a las 70 sentencias sobre prórroga convencional que venimos manejando, el Supremo ha casado la instancia en trece ocasiones (SSTS 27 junio 1989 [RJ 4789], 20 abril 1993 [RJ 3104], 27 octubre 1995 [RJ 7522], 8 junio 1996 [RJ 4830], 29 diciembre 2009 [RJ 2010, 405], 7 julio 2010b [RJ 5706], 14 julio 2010 [RJ 3907], 30 mayo 2011 [RJ 3993], 15 junio 2011 [JUR 223097], 20 marzo 2013 [RJ 3258], 16 octubre 2013 [RJ 6967], 23 octubre 2014 [RJ 5090] y 12 marzo 2015 [JUR 136676]). Es un 18%, un porcentaje sin duda muy superior a la media habitual de casaciones en materia civil. Una cifra tan alta puede indicar varias cosas. Puede deberse a que se trata de una materia compleja que ha sufrido cierta disparidad de criterios y cambios jurisprudenciales. Pero también sugiere que el Supremo no se ha conformado con remitirse simplemente a la interpretación de la instancia, sino que, por el contrario, considera la actividad suficientemente objetiva y no tiene problemas en realizar el análisis por sí mismo. Es verdad que, junto a las sentencias que casan para afirmar o negar la presencia de la prórroga en el contrato, hay también muchas que se niegan a pronunciarse sobre la cuestión afirmando que es materia reservada a la instancia. Pero cabe pensar que en muchas de ellas el tribunal antes había analizado la cláusula y coincidía con la decisión adoptada por la Audiencia (p. e., en las SSTS 12 mayo 1989 [RJ 3762], 11 noviembre 2010 [RJ 8043], 7 abril 2011 [RJ 3150], 6 septiembre 2011 [RJ 6293], 4 noviembre 2014 [RJ 5452]), lo que en algunos casos le lleva a no reproducir siquiera la cláusula (p. e. SSTS 10 marzo 2010a [RJ 2330] y 8 septiembre 2011 [RJ 6414]). Más de la mitad de las sentencias que casan la instancia o la confirman sin analizar la cláusula porque es materia de interpretación tenían como ponente al mismo magistrado (García Varela).

<sup>40</sup> Cuando comparamos el texto contractual tal y como nos permite conocerlo la sentencia con la decisión adoptada por los tribunales, no todas las decisiones parecen acertadas, unas por exceso y otras por defecto. Podemos distinguir: a) Sentencias que admitieron una cláusula de prórroga forzosa que efectivamente estaba en el contrato (SSTS 27 junio 1989 [RJ 4789], 31 octubre 2008 [RJ 5809], 10 marzo 2010c [RJ 2334], 15 junio 2011 [JUR 223097] y 8 septiembre 2011 [RJ 6414]). b) Sentencias sobre contratos que

A continuación analizaremos las cláusulas que el Supremo ha considerado indicativas de la presencia de prórroga convencional.

### 3. OBLIGATORIA PARA EL ARRENDADOR Y POTESTATIVA PARA EL ARRENDATARIO

La «prórroga convencional» es ante todo «forzosa», es decir, su ejercicio puede ser impuesto por una de las partes a la otra. Éste es el criterio fundamental para distinguirla de otras instituciones y para comprobar si un contrato concreto contiene una o no. En este sentido, la prórroga convencional debe distinguirse de la *prórroga legal*, de la *renovación del contrato* y de la *tácita reconducción*.

Son prórrogas (y por tanto forzosas) la legal y la convencional, la primera impuesta por una ley imperativa y la segunda incorporada al contrato por los contratantes. La renovación es un nuevo acuerdo de las partes para continuar el arrendamiento (en las mismas condiciones que el anterior o con cambios), y por lo tanto es un nuevo contrato. El arrendamiento con duración fija que permite al arrendatario el libre desistimiento sin indemnización es un equivalente funcional de la prórroga convencional con límite<sup>41</sup>.

La tácita reconducción (legal o contractual) es una regla según la cual si al terminar la duración pactada la situación posesoria continúa sin que ninguna de las partes se haya opuesto, se entenderá que ambas quieren prolongar el contrato. Prórroga y reconducción son instituciones muy distintas. La prórroga favorece la estabilidad del arrendamiento en beneficio del arrendatario, sólo puede ser ejercitada por éste y opera aun contra la voluntad del arrendador. La reconducción es un modo práctico de resolver la incertidumbre sobre la voluntad de las partes dando consideración comercial a la combinación de continuidad posesoria y silencio. Las reglas supletorias aplicables al arrendamiento que se encuentra en tácita reconducción son los artículos 1566 CC, 10 LAU-1994 en su caso, y eventualmente otras propias de contratos indefinidos como

---

carecían de cláusula pero la dedujeron del conjunto del clausulado (SSTS 12 mayo 1989 [RJ 3762], 4 febrero 1992 [RJ 823], 20 abril 1993 [RJ 3104], 14 junio 1994 [RJ 4817], 10 marzo 2010a [RJ 2330]). c) Sentencias que negaron correctamente la presencia de prórroga en contratos que efectivamente carecían de ella (SSTS 23 mayo 1995 [RJ 4257] y 13 mayo 2011 [RJ 3857]). d) Sentencias que negaron la existencia de prórroga en contratos que efectivamente la tenían (SSTS 25 noviembre 2008 [RJ 6934]).

<sup>41</sup> En la STS 4 marzo 2009 [RJ 2383] se cuestionaba un arrendamiento de local por 30 años en el que el arrendatario se reservaba el derecho a «rescindir» (en realidad, desistir) con preaviso de tres meses y sin pagar más renta ni indemnización. El arrendatario desistió cumpliendo los requisitos previstos, el arrendador demandó la nulidad de la cláusula y los tribunales desestimaron la demanda. Desde el punto de vista funcional, podemos considerar esa cláusula una prórroga convencional.

la concesión mercantil (p. e., STS 4 diciembre 2007 [RJ 8898]). Obviamente, ninguna de ellas es aplicable a la auténtica prórroga convencional.

Aunque el término «prórroga» debería reservarse únicamente para la forzosa, muchos textos contractuales dan este nombre a algo que en realidad es una «reconducción contractual tácita» (también el legislador, como en el artículo 10 LAU-1994). Pero el Supremo suele distinguirlos correctamente. A falta de otros datos, debe presumirse que una cláusula arrendaticia llamada en el contrato «prórroga» con duración anual es una reconducción y no una auténtica prórroga<sup>42</sup>.

Lo único esencial para que un arrendamiento establezca suficientemente una prórroga convencional es que quede claro que la prórroga es potestativa para el arrendatario y obligatoria para el arrendador (cfr. artículo 57 TRLAU-1964)<sup>43</sup>, ya sea porque sólo el arrendatario puede instarla o porque el contrato se prorroga automáticamente y sólo el arrendatario puede evitarlo. Este debe ser el criterio fundamental según una interpretación teleológica del contrato (artículo 1285 CC). Basta esto para reconocerla como tal, y todo lo que no sea esto o sea contradictorio con esto es suficiente para dejar claro que la cláusula no es una prórroga convencional.

El Supremo ha entendido (acertadamente) que indicaban prórroga convencional las cláusulas «prórroga a beneplácito del arrendatario» (STS 6 marzo 1968 [RJ 1459]), «prórroga salvo que el arrendatario no quiera» (STS 27 octubre 1995 [RJ 7522]), prórroga «obligatoria para el arrendador y potestativa para el arrendatario» (STS 18 octubre 2002 [RJ 8769]), «prórrogas sucesivas sin límite a voluntad de la arrendataria» (STS 31 octubre 2008 [RJ 5809]), «un año prorrogable, potestativamente para la entidad arrendataria y obligatoriamente para la arrendadora» (STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585]), «duración indefinida a elección del arrendatario» (STS 14 julio 2010 [RJ 3907]), «prórroga forzosa para el arrendador» (STS 8 abril 2011 [RJ 3157]), contrato «prorrogable indefinidamente» (STS 11 julio 2011 [RJ 5014]), duración de un año que «se prorrogará automáticamente y por periodos a su vencimiento o al de sucesivas prórrogas, salvo notificación en contra, de forma fehaciente efectuada al menos con un mes de antelación por parte

<sup>42</sup> La calificación es algo más complicada cuando la duración es plurianual («plazos de cinco años» en la STS 30 junio 1969 [RJ 3681], «prórroga trienal» en las SSTs 29 diciembre 2009 [RJ 2010, 405], 10 marzo 2010c [RJ 2334] y 7 julio 2010b [RJ 5706], «diez años prorrogables por periodos decenales» en la STS 17 abril 1993 [RJ 2888]), porque en estos casos ambas posibilidades pueden tener sentido (sobre esto, *vid.* apartado V.5).

<sup>43</sup> No veo que tenga sentido (ni veo que haya ejemplos en la realidad) una prórroga en la que sea el arrendador quien tenga la facultad de imponer la continuación al arrendatario o en que la facultad venga atribuida a ambas partes.

del arrendatario» (STS 12 noviembre 2012 [RJ 2012, 10428]), «tiempo indefinido, prorrogable en la forma prevista en la vigente LAU o en las futuras» (STS 16 octubre 2013 [6967]), «prórrogas obligatorias para la arrendadora y facultativas para los arrendatarios» (STS Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741]).

Si lo que caracteriza la prórroga convencional es que el arrendatario tiene la facultad de imponer la prolongación del arrendamiento, el modo mejor y más claro de saber que las partes querían algo distinto de una prórroga forzosa es que el contrato permita al arrendador ponerle fin. Una cláusula que atribuya al arrendador la facultad de impedir la prolongación del arrendamiento es una tácita reconducción y no una prórroga forzosa.

Así, en la STS 16 junio 1993 [RJ 4840] el contrato tenía una duración de un año, contenía una cláusula de estabilización y preveía «prórrogas» tácitas de tres meses «si ninguna de las partes comunica a la otra su voluntad de rescindir con un mes de antelación». El Supremo casó la instancia y negó que hubiera prórroga convencional, afirmando que «las partes pueden acordar la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento... [pero] ello exige que tal voluntad se manifieste con la debida claridad, lo que no sucede en el convenio pactado entre recurrente y recurrido». La decisión es correcta, porque si cualquiera de las partes puede impedir la prórroga, es que el arrendatario no puede imponerla, luego eso no es una prórroga forzosa.

No indicaban prórrogas convencionales los contratos que usaban expresiones como «tácitamente prorrogado por periodos de tres meses si ninguna parte comunica a la otra su voluntad de rescindirle con un mes» (STS 16 junio 1993 [RJ 4840]), «prorrogable si ninguno se opone» (STS 18 marzo 1994 [RJ 1996]), «las partes se pondrán de acuerdo para un nuevo contrato» (STS 23 mayo 1995 [RJ 4257]), «un año prorrogable, salvo rescisión a instancia de cualquiera de las dos partes» (STS 17 julio 1995 [RJ 5706]). En todos estos casos el Supremo decidió correctamente que no había prórroga convencional. Y deben considerarse erróneas las sentencias que calificaron como prórroga convencional cláusulas que la establecían «si ninguna de las partes avisa de su deseo de finalizarlo» (SSTS 20 abril 1993 [RJ 3104] y 14 junio 1994 [RJ 4817]).

Una cláusula que remita la prórroga a la voluntad o a lo que más convenga al arrendatario es una auténtica (y válida) prórroga convencional, como ya había dicho en su día la STS 6 marzo 1968 [RJ 1459] al admitir la «prórroga a beneplácito del arrendatario» en un caso no sujeto a la prórroga legal<sup>44</sup>. La STS 25 noviembre

<sup>44</sup> En contra, FERNÁNDEZ DOMINGO la considera nula por contraria al art. 1256 CC, «Algunos aspectos», cit., p. 419.

2008 [RJ 6934] contenía una prórroga convencional bastante clara («duración indefinida mientras convenga al arrendatario»), y en este caso el Supremo se equivocó al no reconocerla como tal. También fue un desacierto que el TS negara la existencia de prórroga convencional en la STS 13 junio 2002 [RJ 4893], con duración de «un año prorrogable» con «prórroga legal» donde sólo el arrendatario tenía facultad de desistimiento<sup>45</sup>.

La STS 9 enero 2012 [RJ 2013, 1636] analiza un contrato por un año «sin perjuicio del beneficio de prórroga forzosa que otorga la ley especial» que añade: «si el inquilino cumple con todo lo pactado en este contrato de arrendamiento, el propietario se compromete a renovar este contrato al inquilino con el aumento del coste de la vida que le correspondiera en el momento que se renovase». Para la Audiencia, confirmada en casación, esta cláusula «somete inequívocamente la renovación o prórroga del contrato a la voluntad del arrendador, el cual «se compromete» a renovarlo con el correspondiente aumento de renta, cuya revisión ha sido también convenida anualmente, si el inquilino cumple sus obligaciones, siendo esta estipulación innecesaria bajo el régimen de prórroga forzosa», y por tanto no debe considerarse una prórroga convencional. En efecto, si entendemos que la frase «el arrendador se compromete» significa que «el arrendador no está jurídicamente obligado a aceptar», no hay prórroga forzosa, porque el compromiso no-jurídico no es exigible y la esencia de la prórroga es precisamente la exigibilidad jurídica. La configuración futura que depende de un nuevo acuerdo de las partes carece de la determinación e imperatividad propia de lo contractual (cfr. artículos 1115, 1256, 1273 CC). Pero la solución también podría haber sido la opuesta si se hubiera entendido que ese «compromiso a renovar» del arrendador era vinculante y exigible y convertía su nuevo asentimiento en algo fungible y sustituible por el tribunal.

En las SSTs 10 marzo 2010c [RJ 2334], 29 diciembre 2009 [RJ 2010, 291], y 7 julio 2010b [RJ 5706], sobre tres contratos con textos idénticos, el arrendamiento era por tres años, transcurridos los cuales «se suscribirá un nuevo contrato por igual plazo de duración». El Supremo apreció que había prórroga convencional en la primera y lo rechazó en las otras dos. Esta segunda respuesta me parece la más correcta, pues «se suscribirá» es una expresión

---

<sup>45</sup> En esta última sentencia el TS justificó su negativa a reconocer una prórroga forzosa bastante clara con una mezcla de argumentos interpretativos, valoraciones discutibles (según él, una prórroga forzosa sería «contraria al sentido bilateral del contrato», al equilibrio de los contratantes y al RDL-1985) y un razonamiento puramente formalista (dijo que para ser prórroga convencional faltaba que las partes hubieran empleado la expresión «forzosa», cuando en realidad la regulación contractual era suficientemente clara como para hacer innecesario el adjetivo).

demasiado vaga como para indicar la obligatoriedad inherente a la prórroga, que debe ser en cualquier caso clara e inequívoca. Sin desconocer que en otros campos del Derecho contractual la redacción estudiadamente imprecisa puede estar justificada y hasta resultar funcional, la ambigüedad no es ni aconsejable ni suficiente para facultades de configuración jurídica.

#### 4. «PRÓRROGA FORZOSA» Y «PRÓRROGA LEGAL»

Los primeros arrendamientos urbanos que incorporaron a su clausulado una prórroga convencional remitiéndose a la ley eran contratos que habrían estado sometidos a ella atendiendo al ámbito temporal, pero no lo estaban por incumplir algún requisito, como el hecho de que el arrendatario fuera un extranjero sin que se hubiera acreditado la reciprocidad (artículo 7 TRLAU-1964). En aquellos casos el Supremo a veces admitía la validez de la remisión (STS 8 junio 1996 [RJ 4830]), otras la consideraba una renuncia (válida) del arrendador a los beneficios legales (STS 6 marzo 1968 [RJ 1459]), y otras la rechazaba por desvirtuadora de la temporalidad del arrendamiento (STS 9 diciembre 1985 [RJ 6427]).

Desde la aprobación del RDL-1985, incluir una remisión expresa al artículo 57 TRLAU-1964 se convirtió en uno de los modos más frecuentes de incorporar una prórroga convencional al contrato de arrendamiento. Tiene sentido que, existiendo un texto legal que regulaba la prórroga de un modo detallado y bien conocido por todos los operadores jurídicos, los contratantes se remitieran a él en lugar de intentar diseñar una regulación alternativa por sí mismos. La remisión a la ley implica que deben aplicarse también los supuestos previstos en ella para las excepciones a la prórroga (artículos 62 TRLAU-1964 y siguientes)<sup>46</sup>. Ejemplos de cláusulas que han sido entendidas por los tribunales como una remisión a la prórroga forzosa legal suficiente son: «prórroga forzosa» (SSTS 27 junio 1989 [RJ 4789] y 10 marzo 2010c [RJ 2334]), el arrendatario renuncia a los derechos que le proporciona la LAU «menos a la prórroga forzosa» (STS 2 octubre 1998 [RJ 8366]), «prórroga en la forma prevista» en el TRLAU-1964 (STS 15 junio 2011 [JUR 223097]), «las prórrogas legales» (STS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506]), «sin perjuicio de la prórroga establecida» en el TRLAU-1964 (STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585]), «prórroga en la forma prevista» en el TRLAU-1964 (STS 15 junio 2011 [JUR 223097]), «tiem-

<sup>46</sup> FUENTES LOJO, J. V., *Suma de arrendamientos*, cit., p. 15.

po indefinido, prorrogable en la forma prevista en la vigente LAU o en las futuras» (STS 16 octubre 2013 [6967]).

Pero no se han considerado suficientes para introducir una prórroga convencional en el arrendamiento las cláusulas: un año «sin perjuicio de las disposiciones sobre prórroga obligatoria establecidas en la vigente LAU» (porque el contrato permitía a cualquiera de las partes oponerse a la renovación) (STS 16 junio 1993 [RJ 4840]), un año «sin perjuicio del beneficio de prórroga forzosa que otorga la ley especial» (STS 9 enero 2012 [RJ 2013, 1636]), «sus prórrogas se regirán conforme a lo establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos [de 1964]» (porque el arrendador había empleado negligentemente un modelo de contrato anticuado sin intención de conceder una prórroga convencional) (STS 23 octubre 2014 [RJ 5090]).

A veces las partes indican expresamente su voluntad de excluir la aplicación de la prórroga forzosa al arrendamiento. Esto tenía sentido sobre todo en contratos celebrados bajo el RDL-1985 que se remitían al TRLAU-1964 en todo menos en ese punto: remisión a la LAU vigente «con exclusión expresa de la prórroga indefinida» (STS 7 noviembre 2008 [RJ 7701]), «el contrato se remite a la vigente LAU, con excepción de la prórroga forzosa» (STS 20 marzo 2013 [RJ 3258]), «excluyendo expresamente la prórroga forzosa. A los diez años se considerará automáticamente rescindido» (STS 5 diciembre 2013 [RJ 7880]). En todos estos casos quedaba claro que las partes querían excluir la prórroga y su arrendamiento debía durar únicamente lo previsto en el contrato (sin perjuicio de eventuales reconducciones).

Cuando un contrato sometido al TRLAU-1964 incluía la expresión «sin perjuicio de la prórroga forzosa regulada en la LAU vigente», esto podía significar que el contrato incorporaba una prórroga convencional para el caso de que la legal no fuera aplicable (remisión supletoria) o que las partes simplemente tomaban nota de la aplicabilidad de la prórroga legal a su contrato (remisión redundante). La jurisprudencia muestra casos en ambos sentidos. En la STS 16 noviembre 1973 [RJ 4117] la cláusula existía y no concurrían los supuestos de la prórroga legal, pero los tribunales decidieron que la prórroga pactada era nula y la legal era aplicable. La STS 17 noviembre 1984 [RJ 5560] declaró nula la prórroga convencional y en vigor la legal. En la STS 17 abril 1993 [RJ 2888] el Supremo entendió que la existencia misma de la cláusula bastaba para calificar el contrato como un arrendamiento de industria porque si hubiera sido un arrendamiento de local la prórroga convencional no habría sido necesaria (mala argumentación que llevó a una solución correcta, pues aquella cláusula no era en verdad una

prórroga convencional, sino una tácita reconducción decenal). En la STS 8 junio 1996 [RJ 4830] el plazo de un año «con independencia de la prórroga forzosa que concede la vigente TRLAU-1964» valió como prórroga convencional sin necesidad de valorar si la legal era aplicable o no (y parece que en aquel caso no lo era).

Algunas sentencias han entendido correctamente que la expresión «sin perjuicio de la prórroga legal» no indicaba una prórroga convencional porque esa afirmación contradecía otras cláusulas contractuales. Así la STS 16 junio 1993 [RJ 4840], referida a un arrendamiento por un año «sin perjuicio de las disposiciones sobre prórroga obligatoria establecidas en la vigente LAU» que sin embargo permitía a cualquiera de las partes oponerse a la renovación. En la STS 9 enero 2012 [RJ 2013, 1636] el arrendamiento de vivienda nacido bajo el RDL-1985 tenía duración de un año «sin perjuicio del beneficio de prórroga forzosa que otorga la ley especial», pero la remisión estaba en un contrato tipo impreso, por lo que no indicaba suficientemente auténtica voluntad de las partes al respecto. Por eso mismo, son discutibles la STS 14 junio 1994 [RJ 4817] (que admitió como prórroga convencional la expresión «sin perjuicio de la prórroga obligatoria de la LAU» a pesar de que el contrato facultaba a ambas partes para oponerse) y la STS 13 junio 2002 [RJ 4893] (en que la remisión a la «prórroga legal» y una clara regulación contractual indicaban a todas luces la voluntad de establecer una prórroga convencional, pero el Supremo lo negó aduciendo que las partes no habían dicho que la prórroga fuera «forzosa»).

Es comprensible que durante años la inclusión de una prórroga convencional en un arrendamiento se haya considerado una remisión a la prórroga forzosa regulada en el TRLAU-1964, hasta el punto de interpretarse que existe la segunda aunque el contrato contenga sólo la primera, como ocurrió en la STS 12 noviembre 2012 [RJ 2012, 10428], donde la cláusula decía: «La duración del presente contrato será de un año, no obstante el mismo se prorrogará automáticamente y por periodos a su vencimiento o al de sucesivas prórrogas, salvo notificación en contra, de forma fehaciente efectuada al menos con un mes de antelación por parte del arrendatario». Pero hoy esa identificación ha dejado de tener sentido. A estas alturas no es necesario remitirse a una ley que lleva más de 20 años derogada, sobre la que ha dejado de regir el principio *iura novit curia*<sup>47</sup>, que hoy sólo sigue aplicándose a una exigua minoría de arrendamientos y que en poco tiempo no lo será a ninguno. Si se quiere pactar una prórroga convencional es mejor redactar una

<sup>47</sup> DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 3.ª ed., 1955, p. 751.

cláusula autorreferencial. Dicho esto, si la remisión es clara, expresa y consciente, y no fruto de la inercia, no veo inconveniente en que un contrato de arrendamiento celebrado hoy pueda remitir la regulación de su prórroga a las reglas del TRLAU-1964<sup>48</sup>, y de hecho hay contratos posteriores a 1994 que siguen haciéndolo así, como el de la STS 14 noviembre 2012 [RJ 2012, 10434].

## 5. «CONTRATO PRORROGABLE» Y «CONTRATO INDEFINIDO»

Las expresiones «contrato prorrogable» o «contrato indefinido» se consideran hoy insuficientes para incorporar una prórroga convencional al arrendamiento. Si el contrato no dice nada más, debe entenderse que contiene una reconducción convencional y sólo se renovará anualmente si ninguna de las partes se opone<sup>49</sup>.

En este punto el Supremo ha dado un giro importante a partir de 1993. En los primeros años admitió como suficientes para considerar incluida una prórroga convencional las expresiones «duración indefinida» y «prórroga forzosa» juntas (STS 27 junio 1989 [RJ 4789]), la cláusula de elevación de la renta «en caso de prórroga» (STS 18 marzo 1992 [RJ 2206]), «un año, más otro de prórroga» (STS 4 marzo 1994 [RJ 1650]), duración de «un año prorrogable» (STS 8 junio 1996 [RJ 4830]).

Pero ya desde 1993 empezó a considerar que «contrato prorrogable» no quiere decir necesariamente «contrato con prórroga forzosa», sino «contrato sometido a tácita reconducción», y rechazó que constituyeran prórroga convencional cláusulas como «tácitamente prorrogado» (STS 16 junio 1993 [RJ 4840]), «un año prorrogable» o «plazo anual prorrogable» (SSTS 18 marzo 1994 [RJ 1996], 17 julio 1995 [RJ 5706], 15 octubre 1996 [RJ 7113], 13 junio 2002 [RJ 4893] y 7 abril 2011 [RJ 3150]), «prórroga trienal» (SSTS 29 diciembre 2009 [RJ 2010, 405], 7 julio 2010b [RJ 5706]) o «diez años prorrogables por periodos decenales» (STS 17

<sup>48</sup> En contra, ÁLVAREZ OLALLA cree que hoy ya no puede hacerse esta remisión, «Comentario a la STS 14 julio 2010», cit., p. 635.

<sup>49</sup> LOSCERTALES FUERTES, D., *Arrendamientos urbanos*, cit., p. 374. El problema se agrava porque durante la vigencia del TRLAU-1964 estas dos expresiones se habían convertido en cláusulas de estilo, y una vez aprobado el RDL-1985 muchos contratos siguieron arrastrándolas por inercia, FUENTES LOJO, J. V., *Suma de arrendamientos*, cit., p. 17; DEL CARPIO FIESTAS, V., «Prórroga forzosa convencional», cit., pp. 283-285; MARTÍ MARTÍ, J., *Extinción*, cit., p. 191. En contra, han sugerido que la «duración indefinida» es inadmisibles por incompatible con la duración determinada del arrendamiento FUENTES LOJO, J. V., *Suma de arrendamientos*, cit., p. 17 y FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., «Algunos aspectos», cit., p. 419. Pero «indefinido» no significa que no se pueda poner fin al contrato, sino que no está previsto desde el principio cuándo tendrá lugar ese fin.

abril 1993 [RJ 2888]). La STS 13 junio 2002 [RJ 4893] pecó de formalista al negar una prórroga convencional clara sólo porque el contrato decía «prórroga» omitiendo el adjetivo «forzosa».

Algo parecido puede decirse de la expresión «duración indefinida». Aparte de otros casos anteriores sólo aparentemente aplicables<sup>50</sup>, el Supremo ha rechazado (correctamente) que sean prórrogas convencionales las cláusulas «duración indefinida» o «tiempo indefinido» en las SSTS 26 febrero 1992 [RJ 1536], 22 junio 2009 [RJ 3412], 18 diciembre 2009 [RJ 2010, 291], 7 julio 2010a [RJ 5709], 22 noviembre 2010 [RJ 2011, 568], 26 abril 2011 [RJ 3714], 20 marzo 2013 [RJ 3258]) y 29 febrero 2016 [RJ 45929]. Lo más correcto es entender que en esos casos el arrendamiento se prolonga anualmente mientras ninguna de las partes se oponga, es decir, que se trata de una cláusula de reconducción y no de prórroga.

Algunas sentencias niegan el carácter de prórroga convencional a las expresiones «un año prorrogable» o «duración indefinida», cláusulas que en el momento de la sentencia ya no se consideran indicativas de prórroga convencional, pero sí lo eran cuando se firmaron los contratos (SSTS 15 octubre 1996 [RJ 7113], 13 junio 2002 [RJ 4893], 29 diciembre 2009 [RJ 2010, 405], Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741]). La solución me parece correcta. Según las reglas generales, podría pensarse que en estos casos debería haberse tenido en cuenta la posición de la jurisprudencia en el momento de contratar (artículos 1281 II, 1282 y 1283 CC), pero la decisión fue acertada, entre otras cosas, porque dado lo difícil que era aclararse entonces con cuáles eran exactamente las cláusulas admitidas por el Supremo, lo más probable es que al redactar el contrato las partes no tuvieran este dato en cuenta.

## 6. CLÁUSULAS IMPUESTAS, OSCURAS, AMBIGUAS O CONTRADICTORIAS

En todo lo que se está diciendo no debe perderse de vista que el arrendamiento es típicamente un contrato con duración determinada *ab initio*. La prórroga convencional es válida, pero es excepcio-

---

<sup>50</sup> Cuando para arrendamientos sometidos al TRLAU-1964 el Supremo rechazaba las prórrogas «por tiempo indefinido», lo que hacía en realidad era negar que esa cláusula fuera suficiente para mantener la vigencia del contrato frente a una resolución del arrendador instada por otros motivos, como el desarrollo de actividades peligrosas, obras inconclusas o el cierre del local durante seis meses (SSTS 16 noviembre 1957 [RJ 3406] y 19 enero 1965 [RJ 202]). La antigua STS 11 febrero 1908 [JC, p. 344] declaró la nulidad de una «duración perpetua» porque un arrendamiento perpetuo es más bien una enfiteusis (FUENTES LOJO, J. V., *Suma de arrendamientos*, cit., p. 18), pero entiendo que hoy una cláusula de este tipo debería admitirse, aunque con integración judicial de límite temporal.

nal. Para que sea admisible la cláusula tiene que ser clara o, si se prefiere, debe cumplir los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez (cfr. artículo 5.5 LCGC-1998). Igualmente, tiene que ser incorporada de un modo consciente y voluntario. Si la duración es un elemento fundamental del arrendamiento, y si el arrendamiento está típicamente sometido a un plazo determinado, la modificación de este elemento típico requiere una decisión consciente de las partes. No debe admitirse cuando es una cláusula de estilo incorporada por pura inercia, ni mucho menos cuando es incluida engañosamente por el redactor. No tiene sentido que el arrendador se vea vinculado al arrendamiento de un modo que puede llegar a ser tan oneroso para él simplemente porque no ha entendido lo que se estaba firmando o no era consciente de su incorporación. Por eso mismo, una cláusula de este tipo no puede incorporarse al contrato como una condición general de contratación. En este sentido (no en otros), podemos decir que la duración es un elemento esencial del arrendamiento que debe haber sido negociada individualmente.

Eventualmente, la combinación de prórroga convencional, oscuridad, contrato de adhesión y cláusula no negociada e impuesta podría llevar a aplicar la regla *contra proferentem* (artículos 1288 CC y 6.2 LCGC-1998), negar la incorporación de la prórroga al contrato (artículo 7 LCGC-1998) o, si es con consumidores, considerarla abusiva y nula (artículos 8 LCGC-1998 y 82.1 TRLGD-CU-2007). Pero en la práctica esto no suele ocurrir porque la cláusula se presenta en arrendamientos de local en que ambas partes son profesionales y cuyo texto suele ser redactado por el arrendador, siendo así que la cláusula favorece al arrendatario.

El arrendamiento cuestionado en la STS 18 marzo 2010 [RJ 2010, 2407] indicaba que «el tiempo por el que se contrata será de AÑOS». El texto del contrato se había basado en un borrador estandarizado que dejaba en blanco la duración para que fuera completada posteriormente por las partes, sin que al parecer nadie se diera cuenta de ello en el momento de la firma. Obviamente, una prórroga convencional no puede estar fundada en un error tan claro, y el Supremo, confirmando la instancia, afirmó que el arrendamiento se encontraba en tática reconducción y el arrendador podía oponerse a que se prolongara un año más.

Probablemente el análisis más detallado de una cláusula con problemas de este tipo sea el de la STS 23 octubre 2014 [RJ 5090] (ponente: Arroyo Fiestas). El texto literal del arrendamiento decía que «sus prórrogas se regirán conforme a lo establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos [de 1964]». Pero la inclusión de esta cláu-

sula se debió a que para redactar el contrato, celebrado tras la entrada en vigor del RDL-1985, el arrendador había utilizado negligentemente el mismo modelo empleado anteriormente para arrendar otros pisos de su propiedad situados en el mismo inmueble en contratos celebrados bajo la vigencia del TRLAU-1964. Cuando el arrendador instó el desahucio por extinción del arrendamiento, los inquilinos invocaron la existencia de prórroga contractual. El Supremo casó la instancia y estimó la demanda de desahucio considerando que no había prórroga convencional porque ésta tiene que ser «clara, terminante y sin ningún género de dudas», y la de los hechos no lo era. Para llegar a esta conclusión el Supremo fue descartando uno por uno los argumentos que habían llevado a la Audiencia a admitir la presencia de la prórroga. No era significativo que el contrato se remitiera al TRLAU-1964, pues eso «sólo significa que se ha utilizado, por comodidad, el mismo modelo impreso de contrato..., pero ello no evidencia voluntad por parte del arrendador en pactar la prórroga forzosa». Tampoco consideró significativo que el contrato no mencionara expresamente al RDL-1985, que la cláusula de actualización de la renta fuera bianual (aunque la renta fuera anual), que se previera la repercusión del incremento del coste de servicios, suministros e impuestos, o que el contrato se hubiera ido prorrogando anualmente hasta alcanzar una duración de 18 años, «pues de seguirse la interpretación contraria se estaría obligando a los arrendadores a darlos por resueltos tras un cierto período, para evitar que se computase como indicio de prórroga forzosa una duración prolongada». «En suma, los indicios en los que se sustenta la Audiencia no son unívocos sino que admiten un interpretación en contra, por lo que no estaríamos ante un supuesto de prórroga forzosa pactada de forma clara y terminante».

La decisión de fondo puede considerarse justa, pero no porque la cláusula necesitara ser interpretada o no estuviera clara, sino porque existía una importante discordancia entre voluntad y declaración por ambas partes, unido al hecho de que el arrendamiento era de vivienda. Pero si el arrendamiento hubiera sido de local o si en el momento de la firma el arrendatario hubiera sido consciente de la presencia de la cláusula en el contrato, la prórroga habría tenido que ser mantenida, porque el error lo habría sufrido únicamente el redactor del contrato (artículo 1288 CC) y habría sido inexcusable por imputable sólo a su propia negligencia (artículo 1266 CC).

En los contratos analizados se ven muchas cláusulas contradictorias entre sí, unas indicativas de voluntad de incluir prórroga convencional y otras en contra. Si el tribunal reconoce que la cláusula admite diversas interpretaciones, no debe aplicarla, porque ante la

oscuridad o duda debe optarse por la temporalidad (SSTS 29 diciembre 2009 [RJ 2010, 405] y 7 julio 2010b [RJ 5706]). Esto coincide con la interpretación teleológica del contrato (artículo 1285 CC). Si una de las cláusulas contradictorias se ha negociado individualmente y la otra consta en condición general de contratación, se debe dar prioridad a la primera (STS 9 enero 2012 [RJ 2013, 1636]).

La STS 14 junio 1994 [RJ 4817] se encontró ante un arrendamiento con una cláusula indicadora de prórroga («sin perjuicio de la prórroga obligatoria de la LAU») y otra de lo contrario (prórroga del contrato «si ninguna de las partes comunica a la otra su intención de resolver»). El TS consideró que la cláusula contraria a la prórroga era ambigua, había sido introducida en la redacción por el arrendador y debía interpretarse *contra proferentem* (1288 CC), por lo que admitió como buena la prórroga forzosa (confirmando la instancia que desestimaba la demanda de resolución). Es una decisión equivocada, porque si el arrendador puede impedir el ejercicio de la prórroga, este dato es de por sí suficiente para descartar totalmente que la cláusula sea una auténtica prórroga.

La cláusula de la STS 16 junio 1993 [RJ 4840] tenía la duración de «un año tácitamente prorrogado por periodos de tres meses», «sin perjuicio de las disposiciones sobre prórroga obligatoria establecidas en la vigente LAU». En este caso el Supremo entendió correctamente que no había prórroga convencional, sino reconducción.

Los tres contratos idénticos que dieron lugar a las SSTS 29 diciembre 2009 [RJ 2010, 291], 10 marzo 2010c [RJ 2334] y 7 julio 2010b [RJ 5706] regulaban sendos arrendamientos por tres años, al final de los cuales «se procederá a expedir uno nuevo, cada tres años, en las mismas condiciones que el presente, con prórroga forzosa y sin incrementos adicionales». Parece contradictorio decir que «se procederá a expedir» un nuevo contrato y que éste tiene «prórroga forzosa». En la segunda de las sentencias el Supremo decidió que había prórroga convencional. En las otras dos, por el contrario, decidió lo contrario, con base en que la oscuridad debe interpretarse en contra de la prórroga.

El contrato analizado en la STS 9 enero 2012 [RJ 2013, 1636] establecía la duración «sin perjuicio del beneficio de prórroga forzosa que otorga la ley especial» y decía que el arrendador «se compromete a renovar este contrato». El Supremo rechazó que hubiera prórroga convencional por entender que la cláusula exigía nuevo acuerdo y que, mientras la segunda era una «cláusula especial» acordada a instancias del arrendador, la primera formaba parte de

un contrato tipo impreso (en interpretación coincidente con la que habría resultado de aplicar el artículo 6.1 LCGC-1998).

La STS 13 junio 2002 [RJ 4893] se basó en que la cláusula era oscura para negar la existencia de prórroga, aunque ésta parece bastante clara (podía desistir el arrendatario y sólo él).

En el conjunto de sentencias analizadas no se ven muchos ejemplos de incorporaciones no voluntarias de la cláusula (en contra de la afirmación doctrinal que se generalizó en los momentos posteriores a la aprobación del RDL-1985). Lo cual es lógico, si tenemos en cuenta que habitualmente el contrato lo redacta el arrendador. Es verdad que en el arrendamiento de local el arrendatario tiene más poder negociador que en el de vivienda, pero no hasta el punto de imponer totalmente sus condiciones al arrendador. A fin de cuentas, el arrendador es siempre titular de una especie de monopolio sobre los derechos que recaen sobre su inmueble. Esto no significa que en esta materia no existan fraudes, engaños y triquiñuelas contractuales, sino que éstas se realizan por otras vías (como la novación sustitutiva para que al nuevo arrendamiento le sea aplicable la nueva ley sin prórroga legal, *vid.* apartado VI-7). Pero eso es otra cuestión no necesariamente unida a la prórroga convencional.

## 7. CLARA, INEQUÍVOCA Y COHERENTE

Todo lo anterior puede resumirse diciendo que la cláusula de prórroga convencional debe ser clara, inequívoca y coherente.

«Clara e inequívoca» hacen referencia a que se entienda su sentido y conste la voluntad libre de las partes de incorporarla al contrato. La STS 16 junio 1993 [RJ 4840] fue la primera en afirmar que la voluntad de las partes de acordar una prórroga convencional debe manifestarse «con la debida claridad», y desde entonces han sido innumerables las que han vuelto a exigir que la cláusula sea «clara, terminante y sin ningún género de dudas» (STS 23 octubre 2014 [RJ 5090]). En este sentido, es cierto que la prórroga convencional no se presume, que es de aplicación restrictiva o, si se prefiere, que el arrendamiento se presume temporal (STS 29 diciembre 2009 [RJ 2010, 405])<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> «Clara» como opuesta a de modo confuso o ambiguo. «La prórroga forzosa es de aplicación restrictiva y únicamente en aquellos casos en que las partes lo convengan de modo claro y terminante» (SAP La Coruña secc. 5.ª 18 junio 2009 [JUR 309943]). Lo normal es que también sea explícita, aunque también es posible imaginar un pacto que sea inequívoco no expreso, como el de la STS Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741]. Pero la expresión «explícito, o implícito, pero no tácito» (STS 13 junio 2002 [RJ 4893]), muy utilizada habitualmente por la Jurisprudencia en este contexto, no tiene un significado claro. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO recuerda la crítica de DE CASTRO al par tácito/implícito y su sugerencia

«Coherente» hace referencia a la importancia de la interpretación sistemática del contrato (artículo 1285 CC) respecto a la cuestión principal: si se atribuye al arrendatario la facultad de imponer unilateralmente la prolongación del contrato o no. Si este punto está claro, la cláusula de prórroga convencional existe; si no lo está, no existe.

Valgan como ejemplo dos cláusulas que podemos considerar claras, inequívocas y coherentes:

a) «El plazo de duración de este contrato será de un año, obligatorio para ambas partes. Podrá prorrogarse a su vencimiento, tácitamente, por anualidades sucesivas; y se entenderá concluido siempre que la parte arrendataria avisara a la arrendadora, por escrito, con un mes de antelación al vencimiento del plazo de duración o de las correspondientes prórrogas. Estas prórrogas, obligatorias para la arrendadora y facultativas para los arrendatarios, se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 57 de la vigente LAU-1964» (STS Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741]).

b) «Un año, prorrogable, potestativamente para la entidad arrendataria y obligatoriamente para la arrendadora, por períodos sucesivos de igual duración, lo que operará de forma automática, sin que por tanto deba mediar para ello notificación de tipo alguno. La entidad arrendataria podrá por sí sola y en cualquier momento dar por finalizada la expresada duración, notificándolo a la propiedad con dos meses de antelación a la fecha en la que pretenda desalojar el local, sin que por tal resolución unilateral nazcan derechos indemnizatorios a favor de la propiedad, ni por supuesto a favor de la entidad arrendataria, quien, en lo procedente, renuncia a los prevenidos en el artículo 34 LAU-1994» (STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585]).

Ambas son inequívocas, claras, coherentes en lo esencial e indican suficientemente un somero procedimiento y plazos para resolver. La primera remite los detalles al TRLAU-1964 aunque ya no esté en vigor. La segunda es autorreferencial.

---

de abandonar la distinción, y propone que, simplemente, la existencia de pacto de prórroga convencional sea clara y terminante, «Comentario a la STS 15.6.2011», cit., p. 505. Pero la frase ha hecho cierta fortuna y sobre ella han construido sus propias doctrinas otras sentencias posteriores. Así, para la STS 29 diciembre 2009 [RJ 2010, 405] «el referido acuerdo, en general, debe existir en el contrato explícitamente, aunque cabe deducir la existencia de sometimiento del arrendador a la prórroga de modo implícito, que no tácito, de los propios términos del contrato, pero, aún en estos casos, es decir, sin que exista una cláusula específica, la deducción de duración indefinida debe ser clara y terminante. En definitiva, si la cuestión relativa al sometimiento o no al régimen de prórroga forzosa es dudosa, debe entenderse que no existe el acuerdo que permita la aplicación del mismo». No estoy seguro de que este razonamiento ayude mucho al intérprete.

## VI. EL LÍMITE TEMPORAL IMPUESTO A LA PRÓRROGA

### 1. CUESTIONES SOBRE EL LÍMITE

Hasta aquí hemos visto que el arrendamiento puede tener prórroga convencional, pero debe tener un límite, y si carece de él el juez puede y debe imponer uno. Pero en torno a este límite fijado judicialmente surgen muchas otras cuestiones, como quién y cuándo puede solicitar su imposición, cuál es su naturaleza, qué elementos debe emplear el juez para fijarlo o cuál debe ser su duración concreta. Todas ellas están íntimamente relacionadas. Los jueces, y en concreto el Supremo, las abordan sólo en la medida en que lo necesitan para decidir el problema concreto que se les plantea. Por eso he preferido referirme primero a los límites concretos y sólo después a su naturaleza jurídica.

Debemos diferenciar según varios parámetros: a) a qué ley esté sometido el contrato (RDL-1985 o LAU-1994), b) el objeto del arrendamiento (vivienda o local), y en este último caso c) si el arrendatario es persona física o persona jurídica. La mayoría de las posibles combinaciones cuentan ya con al menos una sentencia del Supremo que aporta una solución que podemos considerar aceptable.

### 2. LÍMITE PARA ARRENDAMIENTOS SOMETIDOS AL RDL-1985

La STS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506] (ponencia de Xiol Ríos) confirmó la sentencia de instancia según la cual el contrato tenía prórroga convencional pero se había extinguido por aplicación de la DT 3.<sup>a</sup> LAU-1994. Con palabras del Supremo:

«El análisis conjunto y sistemático de la DT 1.<sup>ª</sup>2 y de la DT 3.<sup>a</sup> LAU-1994, permiten declarar que el régimen fijado por esta última resulta igualmente aplicable a los contratos celebrados tras la entrada en vigor del RDL-1985, cuando las partes hubieran establecido la prórroga forzosa, pues si el legislador previó un fin para los contratos de arrendamiento de local de negocio que legalmente debían estar sometidos a la prórroga forzosa, por razones de política legislativa, aún más debe estar previsto en los que se fijó convencionalmente, so pena de eliminar la esencia del arrendamiento. Para los arrendamientos de locales de negocio respecto a los que sí se estableció de modo voluntario un sistema de prórroga forzosa, les resulta aplicable el TRLAU-1964, y consecuentemente en materia de finalización de la situación de prórroga, la DT 3.<sup>a</sup> LAU-1994.»

La solución parece razonable, eficiente y fiel a los objetivos de la LAU-1994. Reconoce la necesidad de imponer un límite temporal a los arrendamientos sometidos al RDL-1985 y lo obtiene de la misma LAU-1994.

Después de unos años de titubeos, la decisión de la STS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506] fue corroborada por la STS Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676]. Casando la instancia, el Supremo fijó como doctrina jurisprudencial que «los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes de la entrada en vigor de la LAU-1994 pero celebrados a partir del 9 de mayo de 1985 y sujetos a prórroga forzosa se rigen, en cuanto a su duración, por la DT 3.<sup>a</sup> de dicha ley».

La sentencia tuvo un voto particular firmado por dos magistrados (Salas Carceller y O'Callaghan Muñoz) partidarios de mantener la otra línea que aplicaba la DT 1.<sup>a</sup> LAU-1994 (validez de la prórroga indefinida) ante la ausencia de duda interpretativa ni «laguna legal que haya de ser cubierta mediante la integración». Desde un punto de vista de pura argumentación formal, probablemente los disidentes tenían razón y la posición mayoritaria era contra legem, porque la DT 3.<sup>a</sup> está prevista únicamente para los contratos vigentes en el momento de la entrada en vigor del RDL-1985, es decir, los celebrados bajo la TRLAU-1964, y los arrendamientos con prórroga convencional celebrados bajo el RDL-1985 están incluidos claramente en el supuesto de la DT 1.<sup>a</sup> LAU-1994. Éste es el razonamiento aplicado por las SSTS 31 octubre 2008 [RJ 5809], 12 noviembre 2012 [RJ 10428] y 16 octubre 2013 [RJ 6967].

Creo que la contradicción entre el argumento más respetuoso con el tenor literal de la ley (en favor de la no analogía y la aplicación de la DT 1.<sup>a</sup>) y el más razonable y eficiente (en favor de la analogía y las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>) tenía una salida que podemos llamar «contractualista», sobre la que volveremos más adelante. Pero lo que interesa ahora es que en la STS Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676] prevaleció la decisión en favor de la analogía y la imposición del límite. Y las dudas de futuro que podía generar la disidencia expresada en el voto particular fueron solventadas posteriormente por la STS 8 junio 2015 [RJ 2741], en la que el Pleno volvió a pronunciarse en favor de la aplicación de la DT 3.<sup>a</sup>, esta vez sin votos particulares y con ponencia de uno de los magistrados que habían disentido en la anterior (O'Callaghan Muñoz).

Por tanto, después de las SSTS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506] y Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676] ya no cabe dudar que los arrendamientos con prórroga convencional celebrados bajo el RDL-1985 deben ser integrados según los límites temporales que

resultan de las reglas establecidas en las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> (a pesar de la DT 1.<sup>a</sup>).

Los límites concretos que deben aplicarse dependen del tipo de arrendamiento del que se trate, que, simplificando mucho, son los siguientes<sup>52</sup>:

*a)* La DT 2.<sup>a</sup>-B LAU-1994, aplicable a los **arrendamientos de vivienda** celebrados bajo el RDL-1985, reduce (pero también conserva) las subrogaciones a favor del cónyuge, conviviente, hijos o ascendientes del arrendatario fallecido reguladas por el artículo 58 TRLAU-1964. Por el momento, ninguna sentencia del Supremo ha aplicado este límite a una prórroga convencional (cosa comprensible si recordamos que la cláusula suele encontrarse sobre todo en arrendamientos de local).

*b)* La DT 3.<sup>a</sup> LAU-1994 es aplicable a los **arrendamientos distintos de vivienda** (generalmente, de local). Aquí hay que distinguir a su vez según el arrendatario sea persona física o jurídica.

*b-1)* Cuando el **arrendatario es persona física**, deben aplicarse los límites de la DT 3.<sup>a</sup>3 LAU-1994 (STS Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676]). Esto significa que el arrendamiento durará hasta la jubilación (o fallecimiento anterior) del arrendatario (o de su cónyuge o hijo que se haya subrogado en el contrato, porque esta subrogación está prevista y permitida por la DT 3.<sup>a</sup>3), y si son varios coarrendatarios hasta la jubilación o fallecimiento del último de ellos.

*b-2)* Cuando el **arrendatario es persona jurídica**, los límites aplicables son los previstos en la DT 3.<sup>a</sup>4 LAU-1994 (STS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506]). También simplificando mucho, esto significa que los contratos estarán vigentes hasta 20 años después de la entrada en vigor de la LAU-1994, es decir, hasta el 1 enero 2015.

### 3. LÍMITE PARA ARRENDAMIENTOS SOMETIDOS A LAU-1994 CON ARRENDATARIO PERSONA JURÍDICA

La STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585] se enfrentaba a un arrendamiento sujeto a la LAU-1994 cuyo arrendatario era una persona jurídica. El Supremo afirmó que

«parte de la doctrina se ha inclinado por acudir a la analogía del arrendamiento con la figura del usufructo y, en consecuencia, entender que cuando -como aquí sucede- el arrendatario es persona jurídica la duración máxima que cabe imponer al arrendador, sin

<sup>52</sup> Recuérdese que el texto de las reglas sobre extinción de los arrendamientos contenidas en las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> se reproduce íntegramente en las notas 2 y 3 de este trabajo.

perjuicio de que la voluntad de las partes pueda llevar los efectos del contrato más allá del indicado tiempo, es la de treinta años que la ley establece como límite temporal para el usufructo en el artículo 515 del Código Civil.»

Esta fue la solución adoptada en aquel caso, y también es la que han seguido después las SSTs 14 julio 2010 [RJ 3907] y 14 noviembre 2012 [RJ 10434], todas ellas sobre arrendamientos sometidos a LAU-1994 con arrendatario persona jurídica.

La solución había sido propuesta por parte de la doctrina<sup>53</sup>. Cerdeira Bravo de Mansilla ha apuntado que falta la identidad de razón entre usufructo (un derecho real gratuito y personalísimo) y arrendamiento (un contrato oneroso) y que la regla del 515 CC es excepcional también para el usufructo (artículo 513.1 CC)<sup>54</sup>. A mi entender, la crítica es correcta en cuanto pone de manifiesto que el juez no puede integrar una norma si no hay laguna<sup>55</sup>, pero puede superarse si se piensa que la laguna integrada en ese caso no es la de la ley, sino la del contrato. Admitido esto, sí hay identidad de razón entre la laguna que se quiere colmar y la resuelta por el artículo 515 CC (imponer un tope temporal a una relación jurídica de larga duración que cuando tiene por titular a una persona jurídica resulta potencialmente indefinida).

Para Álvarez Olalla, treinta años es un plazo excesivo, por lo que propone considerar que el arrendamiento es indefinido hasta la denuncia por el arrendador (lo cual sería convertir la prórroga forzosa en una reconducción) o aplicar el artículo 1128 CC (que es lo que hacen los jueces al aplicar el artículo 515 CC)<sup>56</sup>. Es cierto que este plazo de 30 años es sensiblemente superior a los previstos en la DT 3.ª LAU-1994 aplicados por la STS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506] a los arrendamientos de local por persona jurídica celebrados bajo el RDL-1985. Son dos supuestos bastante distintos. La primera es una integración judicial de una laguna contractual. La segunda es un límite previsto por el legislador para un determinado tipo de contratos por motivos de Derecho transitorio. A mi entender, el límite de 30 años empleado por el Supremo en 2009 como límite de los arrendamientos sometidos a LAU-1994 que contienen una prórroga convencional ilimitada cuando el arrendatario es una persona jurídica puede considerarse adecuado.

<sup>53</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, 1997, p. 168; GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. R., *La duración de los arrendamientos urbanos*, Madrid, 2005, p. 19; DEL CARPIO FIESTAS, V., «Prórroga forzosa convencional», cit., pp. 336-348.

<sup>54</sup> «Comentario a la STS 14 julio 2010», cit., p. 302.

<sup>55</sup> En contra, LLÀCER MATAÇÀS, M. R., «Comentario a la STS Pleno 9 septiembre 2009», cit., pp. 1090-1091.

<sup>56</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario a la STS 14 julio 2010», cit., pp. 637.

#### 4. LÍMITE PARA ARRENDAMIENTOS SOMETIDOS A LAU-1994 CON ARRENDATARIO PERSONA FÍSICA

El supuesto de una prórroga convencional nacida bajo la LAU-1994 con arrendatario persona física no ha llegado hasta el Supremo hasta la STS Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741], un caso de arrendamiento de local. La sentencia confirmó la instancia que afirmaba la validez de la prórroga e imponía como límite

el previsto en «la norma que establece la extinción de los arrendamientos de locales de negocio sujetos a prórroga forzosa cuando el arrendatario es una persona física (DT 3.ª3 LAU-1994), esto es, cuando la jubilación o el fallecimiento de los dos arrendatarios, con adecuación a las previsiones que al respecto se hacen en el contrato en caso de renuncia al contrato por parte de uno de los arrendatarios (el arrendamiento subsiste con el que no haya renunciado, como titular único, cláusula primera), de modo que la jubilación o el fallecimiento de uno de los demandados no implicaría extinción del arriendo si el otro arrendatario continúa al frente de la industria. Y sin que hallemos razón para que la analogía abarque las eventuales subrogaciones que la ley contempla» (STS Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741], citando literalmente la sentencia de instancia, SAP Madrid Sección 13.ª 17 enero 2013 [JUR 2013, 109959]).

La regla de la DT 3.ª3 LAU-1994 a la que se remiten Audiencia y Supremo en este caso parece adecuada: el arrendamiento se prolongará hasta la jubilación (o el fallecimiento anterior) de la última de las arrendatarias (esto último, derivado de la relación misma de cotitularidad, cfr. artículos 513.1 y 521 CC)<sup>57</sup>. No creo que esta operación realizada por los tribunales haya sido propiamente una analogía legis del artículo 4.1 CC (no había ninguna laguna legal), sino más bien una integración contractual empleando para ello el módulo de comparación que considera adecuado (en este caso el previsto en la DT 3.ª3 LAU-1994)<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Aunque en este caso no se había producido ningún traspaso, si hubiera habido uno la DT 3.ª3 no habría sido de utilidad, pues permite el traspaso y otorga al cesionario una duración de hasta 20 años a partir de la aprobación de la LAU-1994 (incrementados en otros 5 si el traspaso se hubiera producido en los diez anteriores a la aprobación de la ley). Este módulo pudo tener sentido en una aplicación directa de la DT como Derecho transitorio dirigido a extinguir a futuro una bolsa de contratos vigentes, pero ninguno como regulación arrendaticia ordinaria. Evidentemente, en una eventual aplicación a supuestos situados más allá de su supuesto de hecho esta regla no debe utilizarse.

<sup>58</sup> Precisamente por eso el tribunal ha podido elegir los elementos de la norma que le han parecido adecuados al caso y rechazar el resto. En general, las DT LAU-1994 no son especialmente adecuadas para ser aplicadas analógicamente, dado que son temporales, emplean criterios muy circunstanciales y tienen una redacción especialmente retorcida y contradictoria. Para poder aplicar de un modo sensato la DT 3.ª3 a este caso, la Audiencia ha tenido que «cortarla a su medida», prescindiendo de las subrogaciones legales previstas por la norma en favor del cónyuge o de un descendiente y extendiendo la duración hasta la última de las titulares en fallecer o jubilarse.

## 5. LÍMITE PARA EL RESTO DE ARRENDAMIENTOS CON PRÓRROGA CONVENCIONAL

A lo largo de este trabajo nos hemos referido principalmente a aquellos arrendamientos en los que la práctica indica que es más frecuente la prórroga convencional: los de local de negocio celebrados bajo el RDL-1985 (de los que hemos visto cerca de cuarenta y tres) y, en menor medida, los arrendamientos sujetos a la LAU-1994 (de los que hemos mencionado cinco casos, todos ellos de local)<sup>59</sup>. Pero entre las sentencias del grupo que estamos analizando hay también arrendamientos con prórroga convencional de otros tipos: catorce arrendamientos de industria sometidos al Código civil<sup>60</sup> y ocho arrendamientos de vivienda (todos con arrendatario persona física y en contratos sujetos al RDL-1985)<sup>61</sup>. Hasta la fecha, el Supremo todavía no se ha pronunciado sobre un arrendamiento con prórroga convencional sometido a la LAU-1994 que recaiga sobre una vivienda<sup>62</sup> o al que le sea aplicable la reforma de la LAU-1994 llevada a cabo por Ley 4/2013 aplicable a los arrendamientos celebrados desde el 7 junio 2013 (en adelante, LAU-2013), ya sea de local o de vivienda.

Sobre estos tipos de arrendamiento contamos con menos jurisprudencia (en algunos casos ninguna), pero podemos apuntar algunas sugerencias.

Hoy ya no cabe dudar que en cualquiera de ellos las partes pueden incluir válidamente una prórroga convencional y que si ésta carece de límite el juez puede y debe fijarlo. Las sentencias anteriores que han dudado o negado una u otra cosa (la validez de la prórroga, la necesidad del límite o la posibilidad de integrarlo judicialmente) deben considerarse superadas por la doctrina conjunta

<sup>59</sup> STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585], 14 julio 2010 [RJ 3907], 6 septiembre 2011 [RJ 6293], 14 noviembre 2012 [RJ 10434] y Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741].

<sup>60</sup> SSTS 16 noviembre 1957 [RJ 3406], 30 junio 1969 [RJ 3681], 7 junio 1979a [RJ 2344], 7 junio 1979b [RJ 2345], 9 julio 1979 [RJ 2935], 15 octubre 1984 [RJ 4862], 9 diciembre 1985 [RJ 6427], 7 mayo 1986 [RJ 2344], 17 septiembre 1987 [RJ 6051], 26 febrero 1992 [RJ 1536], 17 abril 1993 [RJ 2888], 10 junio 1993 [RJ 5404], 27 octubre 1995 [RJ 7522], 19 julio 2001 [RJ 5559]. Durante años formaron una línea jurisprudencial paralela que rechazaba la validez de la prórroga convencional como opuesta a la necesidad de «tiempo determinado» (art. 1543 CC), negaba que el juez pudiera integrar el plazo contractual y estimaba la demanda de extinción contractual.

<sup>61</sup> SSTS 12 marzo 2009 [RJ 1645], 11 noviembre 2010 [RJ 8043], 22 noviembre 2010 [RJ 2011, 568], 8 abril 2011 [RJ 3157], 30 mayo 2011 [RJ 3993], 11 julio 2011 [JUR 223097], 9 enero 2012 [RJ 2013, 1636] y 23 octubre 2014 [RJ 5090].

<sup>62</sup> La regulación de la LAU-1994 no genera incentivos para firmar contratos de duración superior a los cinco años mínimos previstos en la ley (en su versión inicial) (CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Derecho de la construcción*, cit., p. 710), pero esto es predicable principalmente del arrendamiento de vivienda, no del de local, que es en el que tiene más sentido la prórroga convencional.

de las SSTs 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506], Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676] y Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741]<sup>63</sup>.

a) Como punto de partida, podemos afirmar que los **arrendamientos sometidos a la LAU-1994** deberían poder contener una prórroga convencional con más facilidad que los celebrados bajo las leyes anteriores, pues la LAU-1994 aspira reconocidamente a dar un mayor margen de actuación a la autonomía de la voluntad y prevé expresamente la posibilidad de contratos de duración superior a cinco años pactada ex ante (cfr. artículos 9.1, 9.2, 11 I, 14, 13.3, 16.4 LAU-1994, todos ellos para vivienda habitual, y artículos 3.2 y 4.3 LAU-1994 para el resto)<sup>64</sup>.

b) En cuanto al límite temporal que debe imponerse al **arrendamiento de vivienda** con prórroga convencional sometido a LAU-1994, lo más adecuado es atribuirle carácter vitalicio<sup>65</sup>. Es una solución coherente con un contrato para el que las partes previeron una larga duración, con las reglas que se derivarían del usufructo (naturalmente vitalicio) y con los criterios aplicados por la jurisprudencia a los arrendamientos de local<sup>66</sup>.

El articulado de la LAU-1994 (dejando aparte ahora su régimen transitorio) prevé tres supuestos de subrogación legal para el arrendamiento de un inmueble que constituye la vivienda familiar en el que la cualidad de arrendatario recae sobre uno solo de los miembros del matrimonio o la pareja. Después de la reforma de 2013, esos supuestos quedan así: a) subrogación en favor del cónyuge o

---

<sup>63</sup> Negaban la posibilidad de prórroga convencional todas las sentencias sobre arrendamiento de industria sometido al CC menos una (*vid.* nota 56). Varias sentencias sobre arrendamientos de vivienda posteriores a la STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585] admitieron prórrogas convencionales que carecían de límite sin añadirle uno (SSTS 8 abril 2011 [RJ 3157], 30 mayo 2011 [RJ 3993], 11 julio 2011 [JUR 223097]), pero era el periodo en que el Supremo siguió sin imponer el límite a los contratos sometidos a RDL-1985 aun después de su sentencia del Pleno de 2009.

<sup>64</sup> CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Derecho de la construcción*, cit., p. 711; en contra, REBOLLEDO VARELA, Á., «Cuestiones prácticas actuales de arrendamientos urbanos: últimas tendencias jurisprudenciales», *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, 22, 2010.

<sup>65</sup> Proponen carácter vitalicio y que además el arrendatario pueda resolver por causa justa conforme al art. 1707 CC CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Derecho de la construcción*, cit., p. 711-712. No estoy seguro de que la posibilidad de resolver sea necesaria en este caso. La prórroga convencional ya proporciona suficiente ventaja al arrendatario, y si el contrato deja de convenirle le basta con esperar a que termine el plazo en vigor (o indemnizar por lo que queda de él) sin ejercer su derecho a prorrogarlo.

<sup>66</sup> La STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585] aplicó analógicamente al arrendamiento sometido a LAU-1994 la limitación de 30 años al usufructo en favor de persona jurídica (art. 515 CC); el equivalente para el usufructo de persona física sería la vida del arrendatario (art. 513.1 CC), o el último de ellos en morir si son varios (art. 521 CC); y la STS Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741] ha aplicado como límite la jubilación (o fallecimiento anterior) del arrendatario persona física para el alquiler de local (cfr. DT 3.º3 LAU-1994), cuyo equivalente para alquiler de vivienda debería ser el fallecimiento del arrendatario (cfr. DT 2.º4 LAU-1994).

pareja del arrendatario cuando éste manifieste su intención de no renovar el contrato o abandone la vivienda (artículo 12 LAU-1994); b) subrogación en favor del cónyuge o pareja del arrendatario cuando le sea atribuida la posesión en casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio conforme a los artículos 90 y 96 CC (artículo 15 LAU-1994); y c) subrogación en favor del cónyuge, pareja u otros familiares en caso de fallecimiento del arrendatario<sup>67</sup> (artículo 16 LAU-1994).

Los tres supuestos son aplicables a un arrendamiento de vivienda sometido a LAU-2013 que contiene una prórroga convencional<sup>68</sup>, pero sólo en los dos primeros el contrato subrogado tendrá la duración prevista (teniendo por referencia ahora al nuevo titular). En el tercer caso, la subrogación sólo será exigible si el supuesto de hecho tiene lugar durante el plazo de prórroga forzosa *legal*, y el arrendamiento subrogado durará únicamente el tiempo que quede por transcurrir hasta que se complete la prórroga *legal* (de tres años desde 2013; de cinco para los anteriores)<sup>69</sup>.

c) La **reforma de la LAU-1994 aprobada por Ley 4/2013**, de 4 de junio, aplicable a todos los arrendamientos nacidos después de su entrada en vigor el 6 de junio 2013 (cfr. DF 4.ª LAU-2013), ha introducido algunos cambios importantes en el régimen de los arrendamientos, algunos de los cuales podrían afectar a la prórroga convencional.

<sup>67</sup> Cónyuge conviviente con el arrendatario, pareja de hecho durante dos años o con descendencia en común, descendientes sujetos a patria potestad o que hubiesen convivido con él durante los dos años anteriores, ascendientes, hermanos o parientes dentro del tercer grado con minusvalía (en los últimos casos, que hubieran convivido con él en los dos años anteriores).

<sup>68</sup> La STS Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741] aplicó el límite previsto en la DT 3.ª LAU-1994 a un local comercial con arrendatario persona física sometido a la LAU-1994 «sin que hallemos razón para que la analogía abarque las eventuales subrogaciones que la ley contempla», pero eso no contradice lo que sugiero. Las subrogaciones excluidas por la sentencia eran las impuestas por la ley con carácter de derecho transitorio, que a su vez eran una «versión rebajada» de las subrogaciones poco menos que eternas previstas en el TRLAU-1964. Las subrogaciones previstas en el articulado de la LAU-1994 a las que nos estamos refiriendo ahora no tienen nada que ver con esto.

<sup>69</sup> Esto se debe a que la ratio de la subrogación legal por fallecimiento implantada en la LAU-1994 no es imponer un alargamiento de la duración del contrato más allá de la pactada por las partes, como ocurría con las tradicionales prórrogas forzosas legales, sino únicamente permitir el cambio en la posición del titular del arrendamiento por el periodo que falte hasta completar el mínimo legal (de tres años desde 2013; de cinco para los anteriores). El texto original del art. 16.4 LAU-1994 decía que «en arrendamientos cuya duración inicial sea superior a cinco años, las partes podrán pactar que no hay derecho de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando éste tenga lugar transcurridos los cinco primeros años de duración del arrendamiento, o que el arrendamiento se extinga a los cinco años cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad» (tres años desde 2013). Si las partes pueden excluir la subrogación, eso significa que, si no dicen nada, las personas indicadas por la ley tienen derecho a exigirla. Sin embargo, esto está pensado para un arrendamiento que ya tiene una duración suficientemente determinada. Pero el contrato con prórroga convencional se caracteriza precisamente porque carece de esa determinación.

La nueva versión parece más favorable que la anterior a la autonomía de la voluntad<sup>70</sup>. Pero si nos centramos únicamente en el tipo de arrendamiento en el que tiene más sentido y es más frecuente la prórroga convencional, el de local comercial, la reforma de 2013 no ha tocado nada. La falta de protección del arrendatario no inscrito frente al tercer adquirente inscrito se aplica sólo al arrendamiento de vivienda habitual (artículos 7.2, 10, 13 y 14 LAU-2013). En este punto los arrendamientos de local siguen como antes: «el adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 LH» (artículo 29 LAU-2013). Algo mucho más sensato, por cierto, que lo previsto por el legislador de 2013 para los de vivienda habitual.

d) Por lo que se refiere a los **arrendamientos de industria**, la jurisprudencia sobre ellos todavía los considera contratos indefinidos sujetos a desistimiento unilateral por cualquiera de las partes (la última sentencia es la STS 19 julio 2001[RJ 2001, 5559]). Esta decisión es la más adecuada si se considera que el arrendamiento de industria se encuentra más cercano al contrato de servicios que al arrendamiento de inmuebles. Pero si se piensa lo contrario, habría que cambiar de criterio. Ahora que está clara y consolidada la posibilidad de prórroga convencional (limitada) en los arrendamientos urbanos, se podría aplicar el mismo razonamiento a los de industria. En tal caso, los límites pertinentes serían los que hemos visto para arrendamientos de local no sujetos al RDL-1985, es decir, hasta la jubilación del arrendatario (o fallecimiento anterior) cuando el arrendatario es persona física (STS Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676]) o treinta años cuando es persona jurídica (STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585]).

## 6. LA NATURALEZA DEL LÍMITE FIJADO JUDICIALMENTE

A juzgar por lo dicho hasta ahora, la jurisprudencia tiene claro que el juez puede imponer un límite a la prórroga, pero no tanto por qué puede hacerlo.

Con frecuencia se ha explicado la fijación de límite a la prórroga como una aplicación analógica de la ley. Así lo hicieron expresamente las SSTS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585], 17 noviem-

---

<sup>70</sup> En teoría la reducción del plazo de prórroga forzosa en los arrendamientos de vivienda habitual y el hecho de que la venta del inmueble a un tercero permita a éste poner fin al arrendamiento salvo que el arrendamiento haya sido inscrito (art. 7.2 LAU-2013) podrían suponer un incentivo para que las partes incorporaran al contrato una duración superior a la legal, lo que incluye la posibilidad de prórroga convencional.

bre 2011 [RJ 2012, 1506], Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676] y Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741]. El problema para aceptar ese razonamiento en las tres últimas es que en aquellos casos no había ninguna laguna legal, porque los arrendamientos celebrados bajo el RDL-1985 contaban con una norma aplicable muy clara (la DT 1.<sup>a</sup> LAU-1994), y sin laguna legal no hay necesidad de analogía (cfr. artículo 4.1 CC). Este argumento, sencillo pero formalmente inatacable, es probablemente la principal causa por la que el Supremo ha tardado tanto tiempo en consolidar una solución que la mayoría podría considerar razonable.

Esta contradicción entre el argumento más eficiente (en favor de la aplicación de las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>) y el argumento más respetuoso con el tenor literal de la ley (en favor de la prórroga indefinida) tenía salida a través del razonamiento que podemos llamar «contractualista», apuntado primero por la Audiencia y dado por bueno luego por la STS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506]:

precisamente porque la voluntad de los litigantes fue equiparar el arrendamiento litigioso a aquellos concertados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 tendremos que examinar si estos últimos gozan hoy en día del derecho de prórroga forzosa y en qué términos, lo que nos llevará a recordar la regulación arbitrada a este respecto en la DT 3.<sup>a</sup> LAU-1994.

Es decir, al remitir su contrato al TRLAU-1964, las partes habían remitido la duración de su contrato a la que la ley pudiera imponer a los contratos sometidos al TRLAU-1964, lo que incluye implícitamente aceptar la limitación a la duración impuesta por las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> LAU-1994. No hacía falta acudir a la analogía legis para aplicar las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> Bastaba con tomarse en serio la remisión contractual realizada por los mismos contratantes.

Una vez admitido, con un argumento u otro, que a los arrendamientos con prórroga convencional celebrados bajo el RDL-1985 les son aplicables las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> LAU-1994, la cuestión se clarifica. El Derecho transitorio se rige por criterios de política legislativa, y en este caso la finalidad perseguida por el legislador era acabar en un periodo determinado con los arrendamientos en cuestión. El límite fijado por aplicación de las DT tiene carácter imperativo, reduce el ámbito de la autonomía de la voluntad y estrecha también el margen que tiene el juez mismo para poner fin al contrato.

La sentencia del Pleno de 2009 no planteaba este problema porque se refería a un contrato sujeto a la LAU-1994, que no prevé nada sobre la prórroga convencional, ni, por tanto, sobre sus límites. Esto da más razones para argumentar que en esos casos sí existe una laguna legal (el ordenamiento no prevé el supuesto específico de la falta

de tope en el arrendamiento con prórroga convencional en favor de persona jurídica) y que es necesario acudir a la analogía con otra norma «semejante entre los que se aprecie identidad de razón» (artículo 4.1 CC) (el límite previsto por el Código para el usufructo en favor de persona jurídica). Pero tampoco aquí hay laguna legal<sup>71</sup>.

En cualquier caso, me parece que cuando el juez impone un límite a la prórroga convencional arrendaticia, lo que está haciendo en realidad es una integración contractual judicial, como dijo la misma STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585]. Quien tiene una laguna es el contrato que permite una prórroga y «olvida» ponerle un límite exigido por la ley, no la ley que carece de un artículo imponiendo límites a las prórrogas convencionales. Como los criterios interpretativos habituales son insuficientes para deducir un límite del contrato mismo, será el juez quien deba integrarlo. Al realizar esta integración, el juez podrá tener en cuenta la buena fe contractual (artículo 1258 CC) y la mayor reciprocidad de las prestaciones (artículo 1289 CC), pero, fundamentalmente, la suya será una decisión de equidad (artículo 3.2 CC).

Para que una resolución judicial pueda descansar «exclusivamente en la equidad» es necesario que «la ley expresamente lo permita» (artículo 3.2 CC). Este fundamento lo proporciona en este caso el artículo 1128 CC: «Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los tribunales fijarán la duración de aquél. También fijarán los tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor». Una prórroga convencional sin límite es exactamente eso: un plazo que no se ha fijado pero que ha quedado a la voluntad de una de las partes<sup>72</sup>. Es verdad que durante unos años hubo sentencias en las que se pedía al tribunal la fijación del límite con base en el artículo 1128 CC y el Supremo lo desestimaba, pero todas eran de arrendamiento de industria sin prórroga convencional y anteriores a la Sentencia del Pleno de 2009 (SSTS 30 junio 1969 [RJ 3681], 9 julio 1979 [RJ 2935], 9 diciembre 1985 [RJ 6427] y 26 febrero 1992 [RJ 1536])<sup>73</sup> y se deben considerar superadas por las posteriores.

<sup>71</sup> En contra, LLÀCER MATAÇÀS, M. R., «Comentario a la STS Pleno 9 septiembre 2009», cit., pp. 1090-1091.

<sup>72</sup> Aunque no está tan claro que el arrendatario pueda considerarse el deudor de la relación arrendaticia. Es el deudor del pago de la renta, pero el acreedor de la prestación más característica de la relación.

<sup>73</sup> En la STS 30 junio 1969 [RJ 3681] el contrato se había celebrado en 1955 con un plazo de cinco años, pasados los cuales había seguido prolongándose por tácita reconducción hasta que el arrendador decidió ponerle fin. El arrendatario pidió la integración judicial del plazo con base en el art. 1128 CC y los tribunales lo rechazaron. Según el Supremo, el arrendamiento «se ha de concertar dada su naturaleza, por tiempo determinado y no cabe dentro del mismo aparte lo legislado sobre la reconducción tácita, el tácito plazo a que se refiere el

Es cierto que la integración de la que estamos hablando es una integración peculiar. Habitualmente la solicita el arrendatario demandado en el curso del mismo proceso en el que se pide la resolución y desahucio por extinción del plazo arrendaticio. Pero esto no ha sido un obstáculo para que lo concedieran todas las sentencias que han estimado la necesidad de imponer un límite. La integración del límite puede considerarse incluida en el contenido que debe tener la sentencia, en la medida en que ésta debe decidir «todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate» (artículo 218.1 LEC). No quita nada a la calificación de integración el hecho de que para realizarla el juez obtenga su contenido material de otra norma<sup>74</sup>.

## 7. LÍMITE Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

¿Pueden las partes fijar un límite diferente al que resulta de las sentencias que acabamos de ver? Antes de abordar esta cuestión, debemos decir algo sobre el papel de la autonomía de la voluntad en el marco de los arrendamientos con prórroga convencional.

Debe reconocerse que algunas de las críticas que recibió la prórroga convencional por parte de la doctrina no encuentran confirmación en el análisis de los casos concretos tal y como aparecen reflejados en las sentencias analizadas. Se dijo que la mayoría de las prórrogas se incorporaban a los contratos más por efecto de la inercia, el desconocimiento o el engaño que por una auténtica voluntad consciente y negociada de las partes, pero a lo largo de este trabajo ese origen espurio no ha quedado claro más que unos pocos casos (p. e., SSTs 18 marzo 2010 [RJ 2010, 2407] y 23 octubre 2014 [RJ 5090]). También se criticó la pérdida patrimonial del arrendador al que la ley obligaba a aceptar la permanencia de un arrendamiento sin que se le aplicaran las reglas de actualización de renta previstas por la LAU-1994 para los nacidos bajo el TRLAU-1964<sup>75</sup>, pero en la gran mayoría de los arrendamientos analizados el contrato contenía una cláusula de actualización análoga a la que luego se incorporó al artículo 18 LAU-1994, lo que

art. 1128 CC, por lo que éste no le es aplicable». En aquel caso, era correcto rechazar la petición del arrendatario, porque el contrato carecía de prórroga convencional. En el contrato de la STS 9 julio 1979 [RJ 2935] tampoco la había, pues establecía una prórroga «previo acuerdo de las partes», y la necesidad de nuevo acuerdo indica que no hay prórroga. En la STS 9 diciembre 1985 [RJ 6427] el arrendamiento de local estaba excluido del TRLAU-1964 porque el arrendatario era extranjero y tampoco había prórroga convencional. En la STS 26 febrero 1992 [RJ 1536] un arrendamiento de industria indicaba únicamente «duración indefinida», una expresión insuficiente para fundamentar una prórroga convencional.

<sup>74</sup> En otro contexto, CARRASCO PERERA, A., «Comentario a la STS 20 mayo 2004», CCJC, 68, 2005, p. 619.

<sup>75</sup> *Vid.* las referencias en nota 7.

tiende a confirmar que la incorporación de la prórroga era consciente por ambas partes.

A juzgar por las setenta sentencias analizadas, la picaresca dirigida a contrarrestar el efecto de los cambios de régimen respecto a la duración de los arrendamientos urbanos producido por la aprobación de RDL-1985 y LAU-1994 que parece más generalizada no se encuentra en las cláusulas de prórroga convencional mismas, sino en la redacción y firma de nuevos contratos de arrendamiento vigente el anterior (p. e., SSTS 18 marzo 1992 [RJ 2206], 17 marzo 1992 [RJ 2199], 17 abril 1993 [RJ 2888], 4 marzo 1994 [RJ 1650], 17 julio 1995 [RJ 5706], 22 julio 1996 [RJ 6051], 2 octubre 1998 [RJ 8366], 23 diciembre 2004 [RJ 2005, 83], 31 octubre 2008 [RJ 5809], 7 noviembre 2008 [RJ 7701], 12 marzo 2009 [RJ 1645], Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585], 18 diciembre 2009 [RJ 2010, 291], 13 mayo 2011 [RJ 3857], 11 julio 2011 [JUR 274810], 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506], 14 noviembre 2012 [RJ 10434], 13 enero 2013 [RJ 4591], 4 noviembre 2014 [RJ 5452] y Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741]), asunto sin duda interesante, pero que no podemos abordar aquí, a riesgo de alargar en exceso este ya largo trabajo.

Volviendo a la pregunta por la posibilidad de fijar un límite distinto del propuesto por la ley, debemos distinguir los contratos sometidos al RDL-1985 y los nacidos bajo la LAU-1994.

Para los primeros, el Supremo ha decidido aplicar analógicamente las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> LAU-1994 con argumentos de estricta política legislativa y Derecho transitorio dirigidos a acabar con la bolsa de arrendamientos nacidos bajo esa ley. Desde esta perspectiva, parece que las partes no pueden pactar otro límite superior, y si lo hacen éste debe ser reducido de acuerdo con las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> LAU-1994.

Pero para los arrendamientos sometidos a la LAU-1994 el margen es mayor. En este caso el límite no resulta de una imposición de política legislativa, sino de una necesidad conceptual: no puede no haber límite. Pero no debería haber problema para que los contratantes pudieran establecer un límite distinto (superior o inferior) al sugerido por las sentencias mencionadas. Así lo reconoció la misma STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585] al integrar el arrendamiento enjuiciado aplicando el límite de 30 años previsto por el artículo 515 CC, «sin perjuicio de que la voluntad de las partes pueda llevar los efectos del contrato más allá del indicado tiempo» (FJ 5).

Parece conveniente que todo arrendamiento con prórroga convencional establezca un límite máximo de duración. Quince, veinte, treinta años, parecen topes capaces de satisfacer la necesidad de

seguridad respecto al futuro del arrendatario y la necesidad de determinación impuesta por el Derecho<sup>76</sup>.

Muchos de los argumentos que se han invocado contra la prórroga convencional parten de la base de que es una cláusula incorporada al contrato sin mucha reflexión. Pero si se considera fruto del análisis racional de los contratantes el arrendamiento con prórroga convencional se ve de un modo totalmente distinto.

Uno de los elementos que se puede tener en cuenta a este respecto son las inversiones en el local realizadas por un arrendatario autorizado a ello por el contrato con la expectativa legítima de que la duración se iba a prolongar en el tiempo de un modo significativo, como ocurría en la tan citada STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585], que tuvo en cuenta este dato para llegar a su conclusión (cfr. FD 5.º).

Un dictamen escrito por Luis Díaz de Otazu Guerri<sup>77</sup> analiza la racionalidad subyacente a una modificación contractual de varios arrendamientos de local. Después de años de relación arrendaticia de acuerdo con contratos celebrados bajo el TRLAU-1964, en 1988 las partes añadieron al contrato vigente una «cláusula adicional» en la que cambiaban la parte arrendataria (pasaban a ser otras sociedades creadas por ellos), la actividad desarrollada en el local y la renta (que se multiplicaba por diez). Díaz de Otazu justifica la racionalidad de esta nueva cláusula. En el contrato originario ambas partes se encontraban en mala posición, el arrendador porque no podía actualizar la renta ni extinguir el contrato y el arrendatario porque no podía traspasar. La cláusula de 1988 era en realidad una novación total del contrato en la que cada parte cedía en un punto muy importante para la otra: al consentir en firmar un nuevo contrato, el arrendatario renunciaba a continuar amparado bajo el régimen del TRLAU-1964, pero para ello exigía al arrendador que el nuevo contrato tuviera prórroga convencional. Para compensarse de los años pasados bajo la renta antigua y de los futuros que quedaban todavía bajo el nuevo arrendamiento, el arrendador imponía una nueva renta diez veces mayor que la originaria, una subida en la que ya estaba prevista la pérdida de valor para el futuro, razón por la que el nuevo contrato no preveía (conscientemente) cláusula de estabilización<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Aunque todo lo dicho también podría llevar a las partes a no incluir el límite, pensando que eventualmente ya se encargará el juez de hacerlo.

<sup>77</sup> DÍAZ DE OTAZU GUERRI, L., «Arrendamientos de local», cit.

<sup>78</sup> Parece que en estos casos las partes tampoco habían fijado un límite a su prórroga convencional. DÍAZ DE OTAZU parece sugerir que daban por supuesto que se les aplicarían los límites de las DT 2.ª y 3.ª Desde luego, en el momento en que se celebraron aquellos contratos eso distaba de estar claro.

La racionalidad de la regulación contractual queda especialmente de manifiesto cuando la prórroga convencional es objeto de contraprestación específica.

Un ejemplo lo proporciona la STS 23 diciembre 2004 [RJ 2005, 83]. Se trataba de una relación jurídica compleja entre tres partes dirigida a lograr una cesión de arrendamiento sometido a prórroga forzosa legal, articulada en dos contratos: el primero, celebrado en 1991 y destinado a ser conocido sólo por las partes, y el segundo poco después, perfectamente documentado y destinado a tener efectos cara a terceros. El primer contrato era un pacto fiduciario entre los tres por el que el cesionario pagaba en el momento una cantidad al arrendador y otra al arrendatario-cedente como contraprestación específica por recibir el traspaso del arrendamiento de local sometido a prórroga forzosa legal. En el segundo, celebrado poco después entre arrendador y cesionario sin presencia del arrendatario-cedente, se firmó un nuevo arrendamiento con duración de un año, sin ninguna mención a los contratos anteriores o a prórroga legal o convencional alguna. La relación entre ambos contratos nos permite conocer que la intención de las partes era que el nuevo arrendamiento estuviera sometido a prórroga forzosa y cuál era el precio pagado por ella. Conocido este dato, no cabe dudar de la realidad de la prórroga, y los tribunales dieron la razón al arrendatario-cesionario que pretendía hacerla valer.

La cuestión es si a una prórroga convencional como ésta, por la que se ha pagado una contraprestación específica, se le debe imponer también el mismo límite temporal que se exige para los demás arrendamientos de forma natural. En efecto, cuando nos cuestionamos la validez y duración de la prórroga convencional, estamos dando por supuesto que es un elemento natural más del contrato. Pero la prórroga sometida a contraprestación específica se convierte en un elemento causalizado, sin el que el contrato y su precio dejan de tener sentido.

Entiendo que, en la tensión entre el respeto a la autonomía de la voluntad y la defensa de la temporalidad del contrato en abstracto, la constancia de una contraprestación específica a cambio de la prórroga convencional inclina la balanza en favor de la primera. No digo que en estos casos la prórroga pueda carecer de todo límite, pues después de la STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585] eso parece insostenible. Pero parece claro que éste debe ser mucho más flexible y atento a las circunstancias del caso en favor de la prolongación. Como decía el voto particular de la STS Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676], el principio *pacta sunt servanda* debe defenderse «teniendo en cuenta que la concesión de tal beneficio de prórroga forzosa al arrendatario podría estar compensado con otros pactos beneficiosos para el arrendador». Lo que en aquel caso era una pura hipótesis, en casos como el

de la STS 23 diciembre 2004 [RJ 2005, 83] es una realidad perfectamente acreditada que debe pesar a favor del mantenimiento de la duración pactada.

## VII. RECAPITULACIÓN

Aunque los arrendamientos con prórroga convencional nacieron en el contexto específico del paso abrupto de la generosísima prórroga forzosa legal vigente desde 1920 a su drástica supresión para el futuro por el RDL-1985 y el Derecho transitorio impuesto por la LAU-1994, la cláusula estudiada sigue teniendo sentido y se sigue utilizando en los arrendamientos de local que se celebran actualmente, aunque sin duda menos que entonces.

Después de años de incertidumbre, las tantas veces citadas SSTS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585], 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506], Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676] y Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741] proporcionan seguridad jurídica y una respuesta satisfactoria a la mayoría de las cuestiones planteadas.

Según ellas, podemos afirmar que la prórroga convencional es válida siempre y cuando haya sido acordada por las partes libremente y conste de manera clara, inequívoca y coherente en el contrato. La prórroga convencional no puede ser potencialmente perpetua y necesita un límite temporal máximo. Si las partes no han fijado uno, el juez puede y debe hacerlo. Las sentencias anteriores que han dudado o negado una u otra cosa (la validez de la prórroga, la necesidad del límite o la posibilidad de integrarlo judicialmente) deben considerarse superadas.

Según cuál sea la ley a la que está sometido el arrendamiento al que se aplica, el límite de la prórroga convencional cumple distintas funciones, tiene diverso fundamento legal, y debe ser integrado conforme a criterios distintos.

*a)* La duración de los arrendamientos con prórroga forzosa legal indefinida sometidos al TRLAU-1964 (en la medida en que todavía siga quedando alguno) debe limitarse porque esos contratos están sometidos a una legislación que respondía a necesidades y fórmulas descartadas por el legislador. Las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> LAU-1994 previeron unos complejos plazos transitorios que deberán conducir a la extinción total de este grupo de contratos por aplicación directa de la ley.

*b)* La duración de los arrendamientos nacidos bajo el RDL-1985 con prórroga convencional también está limitada en el tiempo. Las SSTS 17 noviembre 2011 [RJ 2012, 1506] y Pleno 12 marzo 2015 [JUR 136676] han decidido que se les deben aplicar analógicamente

las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> LAU-1994, y por tanto también son contratos que tienden a su extinción.

c) Los arrendamientos con prórroga convencional nacidos bajo la LAU-1994 (tanto en su versión original como en la reformada LAU-2013) necesitan límite temporal, y si carecen de él el juez deberá imponer uno integrando el contrato mediante decisión de equidad (artículos 1128 y 3.2 CC). Los criterios propuestos para limitar estos contratos son 30 años para los arrendamientos de local con arrendatario persona jurídica (STS Pleno 9 septiembre 2009 [RJ 4585]); la jubilación del arrendatario en arrendamientos de local con arrendatario persona física (STS Pleno 8 junio 2015 [RJ 2741]); y la vida del arrendatario para los arrendamientos de vivienda.

d) Junto a esto, perdura la posibilidad de que las partes fijen para la prórroga convencional un límite distinto (inferior o superior) a cualquiera de los anteriores. Esto es válido con carácter general, pero especialmente si las partes han causalizado la prórroga convencional acordando que por ella se pague una contraprestación específica.

## BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, «Cuaderno monográfico», Sepin. *Cuadernos de arrendamientos urbanos*, n.º 288, 2008.
- ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario a la STS 14 julio 2010», *CCJC*, 85, 2011, pp. 627-638.
- BAEZA PASTOR, A., «Del RDL-1985, en materia arrendaticia, a la nueva regulación de los arrendamientos urbanos. Problemática en la aplicación del llamado Decreto Boyer y nuevas perspectivas normativas», *La Ley*, 1993-3, pp. 994-1009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la STS 15 junio 2011», *CCJC*, 88, 2011, pp. 499-508.
- «Comentario a la DT 1.<sup>a</sup> LAU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la LAU*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 8.<sup>a</sup> ed., 2013, pp. 1219-1224.
- «Comentario a la DT 3.<sup>a</sup> LAU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la LAU*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 8.<sup>a</sup> ed., 2013, pp. 1395-1458.
- CARRASCO PERERA, Á., «Régimen transitorio de los arrendamientos de locales de negocio», *Estudios sobre la LAU*, Estudios de Derecho judicial, 1996, 1, pp. 901-927.
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Derecho de la construcción y de la vivienda*, 4.<sup>a</sup> ed., Colex, Madrid, 2003. (7.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2012).
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Comentario a la STS 14 julio 2010», *RDPat.*, 26, 2011, pp. 289-309.
- COLINA GAREA, R., «Comentario a la STC 17 marzo 1994», *CCJC*, 35, 1994, pp. 737-770.

- CORDERO LOBATO, E., «Aspectos controvertidos en el arrendamiento de locales de comercio», *Aranzadi Civil*, 2007, 3, pp. 2673-2689.
- CUENA CASAS, M., «Algunas cuestiones acerca de la duración de los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados al amparo de la nueva LAU», *RDPPriv.*, 1997, 4, pp. 293-321.
- DE LA CUESTA SÁENZ, J. M., «Comentario a la STS 18 marzo 1992», 29, 1992, pp. 425-432.
- DEL CARPIO FIESTAS, V., «Prórroga forzosa convencional y contratos arrendaticios urbanos perpetuos», *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, 2006, vol. 1, pp. 275-352. (también en «Prórroga forzosa convencional y contratos arrendaticios urbanos perpetuos I y II», *Consultor inmobiliario*, 67, 2006, pp. 3-30 y 68, 2006, pp. 3-33).
- DÍAZ DE OTAZU GUERRI, L., «Arrendamientos de local de negocio sujetos a la DT 1.º LAU-1994», *RCDI*, 629, 1995, pp. 1363-1374.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la STS Pleno 12 marzo 2015», *CCJC*, 99, 2015, pp. 463-482.
- «Comentario a la STS Pleno 8 junio 2015», *CCJC*, 100, 2016, pp. 473-486.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., «Algunos aspectos del RDL 2/1985 del 30 abril en materia arrendaticia (Los arrendamientos por tiempo indefinido)», *Actualidad Civil*, 1991, 2, pp. 409-412.
- FÍNEZ RATÓN, J. M., «Comentario a la DT 1.ª», en PANTALEÓN PRIETO, F. (coord.), *Comentarios a la LAU*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 441-447 (también en «Régimen transitorio de los arrendamientos de viviendas y locales de negocio en la nueva LAU», *Estudios sobre la LAU*, Estudios de Derecho Judicial, 1996, 1, pp. 829-900).
- FUENTES LOJO, J. V., *Suma de arrendamientos urbanos*, Bosch, Barcelona, 1989, III.
- FUENTES-LOJO LASTRES, A., «Duración y extinción de los contratos de arrendamiento de local de negocio anteriores a 1995 y derechos de los arrendatarios», *Diario La Ley*, 2015, n.º 8471.
- FUENTES-LOJO LASTRES, A., RIUS BACHS, E., FUENTES LOJO, J. V., *Memento práctico de arrendamientos urbanos 2011-2012*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011.
- GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario a la STS 17 noviembre 1984», *CCJC*, 7, 1985, pp. 2159-2173.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. R., *La prórroga forzosa tras el Decreto Boyer*, Tecnos, Madrid, 1993.
- *La duración de los arrendamientos urbanos*, Madrid, 2005.
- GÓMEZ OCAÑA, J., «Nuevo paso hacia la extinción de los contratos de arrendamiento de renta antigua», *Diario La Ley*, 2012, n.º 7874.
- GONZÁLEZ TIMOTEO, A., «Comentario a la STS 17 noviembre 2011», *Diario La Ley*, 2012, n.º 7941.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., «La extinción de los locales de negocio sometidos al régimen de prórroga forzosa», *Diario La Ley*, 2014, n.º 8449.
- LARROSA AMANTE, M. A., «Duración de los contratos de arrendamiento de vivienda en la LAU-1994», *Estudios sobre la LAU*, Estudios de Derecho judicial, 1996, 1, pp. 205-258.
- LLÀCER MATAÇÀS, M. R., «Comentario a la STS Pleno 9 septiembre 2009», *CCJC*, 83, 2010, pp. 1073-1091.
- LLAMAS POMBO, E., «Comentario a la DT 1.ª», LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Ley de Arrendamientos urbanos*, La Ley, Las Rozas, 2007, II, pp. 1289-1308.
- LOSCERTALES FUERTES, D., *Arrendamientos urbanos*, Sepin, 8.ª ed. Madrid, 2005.

- MARÍN LÓPEZ, J. J., COLÁS ESCANDÓN, A., «Comentario al artículo 9 LAU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la LAU*, Thomson-Reuters-Aranzadi, 8.ª ed., Cizur Menor, 2013, pp. 277-360.
- MARTÍ MARTÍ, J., *Extinción de los arrendamientos con prórroga forzosa*, Sepin, 2.ª ed., Las Rozas, 2014.
- MARTELL ZULUETA, P., «Comentario a la DT 1.ª», BLASCO GASCÓ (coord.), *Arrendamientos urbanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, II, pp. 1397-1409.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Introducción», en PANTALEÓN PRIETO, F. (coord.), *Comentarios a la LAU*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 23-40.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *El nuevo contrato de arrendamiento urbano*, Complutense, Madrid, 1995.
- REBOLLEDO VARELA, Á., «Cuestiones prácticas actuales de arrendamientos urbanos: últimas tendencias jurisprudenciales», *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, 22, 2010.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Tácita reconducción en arrendamiento de vivienda celebrado con posterioridad a 9 de mayo 1985», *Aranzadi Civil*, 2000, 3, pp. 2415-2434.
- ÚBEDA VALENCIA, S., «Plazo convencional y prórroga del contrato de arrendamiento urbano de vivienda sometida a la LAU 1994», *Aranzadi Civil*, 1997, 3, pp. 191-234.
- VALLADARES RASCÓN, E., «Principios generales y ley especial: el problema de las fuentes en la legislación de arrendamientos urbanos», *RDPriv.*, 1990, pp. 759-811.
- «La prórroga forzosa y el RDL-1985», *Poder Judicial*, 22, 1991, pp. 205-213.
- «Comentario a la STS 10 junio 1993», *CCJC*, 32, 1993, pp. 693-700.
- VALLADARES RASCÓN, E., ORDÁS ALONSO, M., «Comentario a la DT 1.ª LAU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la LAU*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 8.ª ed., 2013, pp. 1209-1218.
- VERDERA IZQUIERDO, B., «Los arrendamientos de local de negocio celebrados entre el 9-5-1985 y el 1-1-1995 subsistentes a la entrada en vigor de la LAU-1994», *El consultor inmobiliario*, 2001, 12, pp. 36-54.
- VIDAL CALVO, L. J., «Comentario a la STS Pleno 9 septiembre 2009», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil) (2009)*, tomo 3, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 793-828.

## TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

<b>Tribunal, Sala y Fecha</b>	<b>R. A. J.</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
STS, 1. <sup>a</sup> , 16 noviembre 1957	RJ 3406	Pérez Jiménez
STS, 1. <sup>a</sup> , 29 abril 1960	RJ 1697	Domínguez de Molina
STS, 1. <sup>a</sup> , 19 enero 1965	RJ 202	Pérez Jiménez
STS, 1. <sup>a</sup> , 6 marzo 1968	RJ 1459	Linares Fernández
STS, 1. <sup>a</sup> , 30 junio 1969	RJ 3681	Aguado González
STS, 1. <sup>a</sup> , 16 noviembre 1973	RJ 4117	Bonet Ramón
STS, 1. <sup>a</sup> , 7 junio 1979a	RJ 2344	Seijas Martínez
STS, 1. <sup>a</sup> , 7 junio 1979b	RJ 2345	Cantos Guerrero
STS, 1. <sup>a</sup> , 9 julio 1979	RJ 2935	Beltrán de Heredia Castaño
STS 1. <sup>a</sup> , 15 octubre 1984	RJ 4862	Fernández Rodríguez
STS 1. <sup>a</sup> , 17 noviembre 1984	RJ 5560	Fernández Rodríguez
STS, 1. <sup>a</sup> , 9 diciembre 1985	RJ 6427	Fernández Rodríguez
STS, 1. <sup>a</sup> , 7 mayo 1986	RJ 2344	Sánchez Jáuregui
STS, 1. <sup>a</sup> , 17 septiembre 1987	RJ 6051	Malpica González-Elipe
STS, 1. <sup>a</sup> , 12 mayo 1989	RJ 3762	Morales Morales
STS, 1. <sup>a</sup> , 27 junio 1989	RJ 4789	Fernández Rodríguez
STS, 1. <sup>a</sup> , 10 octubre 1991	RJ 6905	Seijas Martínez
STS, 1. <sup>a</sup> , 4 febrero 1992	RJ 823	Barcalá Trillo-Figueroa
STS, 1. <sup>a</sup> , 26 febrero 1992	RJ 1536	Ortega Torres
STS, 1. <sup>a</sup> , 17 marzo 1992	RJ 2199	Marina Martínez-Pardo
STS, 1. <sup>a</sup> , 18 marzo 1992	RJ 2206	Villagómez Rodil
STS, 1. <sup>a</sup> , 17 abril 1993	RJ 2888	Albácar López
STS, 1. <sup>a</sup> , 20 abril 1993	RJ 3104	González Poveda
STS, 1. <sup>a</sup> , 10 junio 1993	RJ 5404	Marina Martínez-Pardo
STS, 1. <sup>a</sup> , 16 junio 1993	RJ 4840	Albácar López
STS, 1. <sup>a</sup> , 6 julio 1993	RJ 5796	Ortega Torres
STS, 1. <sup>a</sup> , 4 marzo 1994	RJ 1650	Casares Córdoba

<b>Tribunal, Sala y Fecha</b>	<b>R. A. J.</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
STS, 1. <sup>a</sup> , 17 marzo 1994	RJ 1992	Santos Briz
STS, 1. <sup>a</sup> , 18 marzo 1994	RJ 1996	Almagro Nosete
STS, 1. <sup>a</sup> , 14 junio 1994	RJ 4817	Ortega Torres
STS, 1. <sup>a</sup> , 6 marzo 1995	RJ 4078	Villagómez Rodil
STS, 1. <sup>a</sup> , 23 mayo 1995	RJ 4257	González Poveda
STS, 1. <sup>a</sup> , 17 julio 1995	RJ 5706	Malpica González-Elipe
STS, 1. <sup>a</sup> , 27 octubre 1995	RJ 7522	Martínez Calcerrada
STS, 1. <sup>a</sup> , 8 junio 1996	RJ 4830	Morales Morales
STS, 1. <sup>a</sup> , 22 julio 1996	RJ 6051	Martínez Calcerrada
STS, 1. <sup>a</sup> , 15 octubre 1996	RJ 7113	González Poveda
STS, 1. <sup>a</sup> , 6 marzo 1997	RJ 1651	Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1. <sup>a</sup> , 2 octubre 1998	RJ 8366	González Poveda
STS, 1. <sup>a</sup> , 19 julio 2001	RJ 5559	Martínez Calcerrada
STS, 1. <sup>a</sup> , 13 junio 2002	RJ 4893	De Asís Garrote
STS, 1. <sup>a</sup> , 18 octubre 2002	RJ 8769	De Asís Garrote
STS, 1. <sup>a</sup> , 23 diciembre 2004	RJ 2005, 83	Corbal Fernández
STS, 1. <sup>a</sup> , 4 diciembre 2007	RJ 8898	Corbal Fernández
STS, 1. <sup>a</sup> , 31 octubre 2008	RJ 5809	Seijas Quintana
STS, 1. <sup>a</sup> , 7 noviembre 2008	RJ 7701	Seijas Quintana
STS, 1. <sup>a</sup> , 25 noviembre 2008	RJ 6934	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 4 marzo 2009	RJ 2383	Seijas Quintana
STS, 1. <sup>a</sup> , 12 marzo 2009	RJ 1645	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 22 junio 2009	RJ 3412	Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1. <sup>a</sup> , Pleno 9 septiembre 2009	RJ 4585	Salas Carceller
STS, 1. <sup>a</sup> , 18 diciembre 2009	RJ 2010, 291	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 29 diciembre 2009	RJ 2010, 405	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 10 marzo 2010a	RJ 2330	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 10 marzo 2010b	RJ 2332	García Varela

<b>Tribunal, Sala y Fecha</b>	<b>R. A. J.</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
STS, 1. <sup>a</sup> , 10 marzo 2010c	RJ 2334	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 18 marzo 2010	RJ 2407	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 7 julio 2010a	RJ 5709	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 7 julio 2010b	RJ 5706	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 14 julio 2010	RJ 3907	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 11 noviembre 2010	RJ 8043	Xiol Ríos
STS, 1. <sup>a</sup> , 22 noviembre 2010	RJ 2011, 568	Xiol Ríos
STS, 1. <sup>a</sup> , 7 abril 2011	RJ 3150	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 8 abril 2011	RJ 3157	Xiol Ríos
STS, 1. <sup>a</sup> , 26 abril 2011	RJ 3714	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 13 mayo 2011	RJ 3857	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 30 mayo 2011	RJ 3993	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 15 junio 2011	JUR 223097	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 20 julio 2011	RJ 6129	Xiol Ríos
STS, 1. <sup>a</sup> , 11 julio 2011	RJ 5014	Xiol Ríos
STS, 1. <sup>a</sup> , 6 septiembre 2011	RJ 6293	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 8 septiembre 2011	RJ 6414	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 26 septiembre 2011	RJ 6581	Xiol Ríos
STS, 1. <sup>a</sup> , 17 noviembre 2011	RJ 2012, 1506	Xiol Ríos
STS, 1. <sup>a</sup> , 9 enero 2012	RJ 2013, 1636	Xiol Ríos
STS, 1. <sup>a</sup> , 12 noviembre 2012	RJ 10428	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 14 noviembre 2012	RJ 10434	García Varela
STS, 1. <sup>a</sup> , 13 enero 2013	RJ 4591	Orduña Moreno
STS, 1. <sup>a</sup> , 4 marzo 2013	RJ 3083	Xiol Ríos
STS, 1. <sup>a</sup> , 20 marzo 2013	RJ 3258	Xiol Ríos
STS, 1. <sup>a</sup> , 16 octubre 2013	RJ 6967	Salas Carceller
STS, 1. <sup>a</sup> , 5 diciembre 2013	RJ 7880	O'Callaghan Muñoz
STS, 1. <sup>a</sup> , 23 octubre 2014	RJ 5090	Arroyo Fiestas

<b>Tribunal, Sala y Fecha</b>	<b>R. A. J.</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
STS, 1.ª, 4 noviembre 2014	RJ 5452	Baena Ruiz
STS, 1.ª, Pleno 12 marzo 2015	JUR 136676	Marín Castán
STS, 1.ª, Pleno 8 junio 2015	RJ 2741	O'Callaghan Muñoz
ATS, 1.ª, 30 septiembre 2015	JUR 236039	Orduña Moreno
ATS, 1.ª, 18 noviembre 2015	JUR 280785	Baena Ruiz
STS, 1.ª, 19 febrero 2016	RJ 54929	Salas Carceller
STS, 1.ª, 12 abril 2016	RJ 1337	O'Callaghan Muñoz



# La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones\*

**LUIS HERNANDO CEBRIÁ**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho mercantil (acreditado a Profesor Titular)  
Departamento Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont»  
Universitat de València

## RESUMEN

*La reforma llevada a cabo por la ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo ha supuesto un desarrollo relevante del régimen de deberes de los administradores en las sociedades de capital. A su vez ha traído a esta órbita la recuperación de la «buena fe» a través del desarrollo del contenido de los deberes de diligencia y lealtad; pero, sin embargo, al hilo de las tendencias actuales del Corporate governance, la «buena fe» no ha adquirido un carácter autónomo como deber de fidelidad. Con todo, la aplicación de este principio general a las relaciones surgidas de la posición de administrador, con inspiración en el desarrollo adquirido en otros ámbitos del Derecho, con particular significación en el Derecho de obligaciones y contratos, de una parte, y del mercado, de otra, exigen una adecuada adaptación al régimen de deberes de los administradores sociales. A partir de estas consideraciones, la «buena fe», junto con el cumplimiento de las leyes y los estatutos sociales, ha de servir tanto para ordenar los criterios generales de conducta de los administradores, como para integrar, en un plano inferior, los deberes de diligencia, en relación con la protección de la discrecionalidad empresarial, y de lealtad, ajustando el comportamiento de los administradores a la ética de los negocios y a las prácticas comúnmente aceptadas en el mercado.*

---

\* Trabajo integrado en el proyecto de investigación de excelencia «La renovación tipológica en el Derecho de sociedades contemporáneo» (DER2013-44438P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que es investigador principal el Prof. Dr. D. José Miguel Embid Irujo.

**PALABRAS CLAVE**

*Deberes de los administradores, buena fe, diligencia, lealtad, leyes y estatutos, discrecionalidad empresarial, ética de los negocios.*

**ABSTRACT**

*The reform carried out by law 31/2014 for the improvement of corporate governance has supposed an important development in director' duties in Spanish Companies Act. In turn, the reform has brought recovery of the «good faith» through contents of the duties of care and loyalty, but, in line with current trends of Corporate governance, it has not acquired condition of an autonomous duty of fidelity. However, the principle of good faith arising from the position of director, with inspiration in the development acquired in other areas of law, with particular significance in law of obligations and contracts, on one hand, and the market rules, on the other, requires an adequate adaptation of the duties' regime of company directors. From these considerations, «good faith», together with compliance with laws and bylaws, shall serve both to establish the general criteria of conduct for directors and to integrate, on a lower plane, the duty of care in relation to the protection of the business judgment rule, and loyalty, guiding their behaviour to business ethics and commonly accepted market practices.*

**KEY WORDS**

*Directors' duties, good faith, care, loyalty, laws and bylaws, business judgment, business ethics.*

**SUMARIO:** I. *Introducción: La buena fe en el marco de la reforma de los deberes de los administradores sociales.*–1. Una vieja cuestión.–2. La progenie de la crisis económica. La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo.–II. *La buena fe en sede de deberes de los administradores sociales: sus implicaciones.*–1. La buena fe como requisito de la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial del deber de diligencia. 1.1. *Ámbito de aplicación.*–1.2. La necesidad de motivación y la decisión racional o razonada.–2. La buena fe como presupuesto del deber de lealtad: conexiones con el «mejor interés social».–3. *Extensión del deber de lealtad: posibles inmersiones en el deber de diligencia.*–3.1. *Implicaciones: el régimen de carácter imperativo y su dispensa y las acciones por deslealtad.*–3.2. *Supuesto paradigmático: el deber de vigilancia y supervisión.*–III. *La conformación de la buena fe entre los deberes de los administradores sociales.*–1. La buena fe y el cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes y los estatutos.–2. La buena fe como deber independiente.–3. La buena fe como principio integrador de la conducta exigible.–3.1. La buena fe en el ámbito de los principios generales.–3.2. La buena fe objetiva en el Derecho mercantil y su trasposición al Derecho de sociedades.–4. Una aproximación al Derecho del mercado. Propuesta de *lege ferenda.*–IV. *Reflexiones conclusivas.*

## I. INTRODUCCIÓN: LA BUENA FE EN EL MARCO DE LA REFORMA DE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

### 1. UNA VIEJA CUESTIÓN

La necesidad del cumplimiento de los acuerdos según los dictados de la buena fe goza de una amplia tradición a partir del brocardo del *honeste vivere*<sup>1</sup>. También en el marco de las relaciones nacidas del contrato de sociedad, con diversas consideraciones, se puede encontrar la pervivencia de este principio general del derecho. Tanto en la conformación de las antiguas *commendas* marítimas como en la delimitación de las compañías y de las sociedades se advertía la presencia de un deber de fidelidad entre quienes participaban del negocio en común<sup>2</sup>.

En primer lugar, con la evolución de préstamo a la gruesa o de la *commenda* feudal a la *commenda* comercial o *ad usum maris*, donde se mantiene la premisa de que *commendare autem est depone*, el inversor pasó a asumir una determinada participación en las ganancias. La *commenda* precisó, para su desarrollo, la suficiente seguridad como fórmula de participación en una comunidad de intereses frente a otros métodos de financiación «externa» de la actividad empresarial, de modo que el inversor estuviera dispuesto a aceptar los riesgos que tal actividad entrañaba<sup>3</sup>. En tales términos requería la doble condición de un derecho a la distribución de los beneficios obtenidos y la ausencia de engaño, mediante el reconocimiento expreso de un deber o «juramento» de fidelidad, del cual era instrumental la llevanza y el control de una «contabilidad» que reflejara, como hoy en día, la «imagen fiel» de los negocios<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ulpiano, Digesto 1, 1, 10.

<sup>2</sup> Sobre el proceso de evolución de la universalidad de la comunidad familiar a la particularidad de la sociedad colectiva, y de las cuentas en participación a las sociedades comanditarias, GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, t. I, (Teoría general, Sociedades colectivas y comanditarias), Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1976, pp. 377-378.

<sup>3</sup> Sobre la evolución del préstamo marítimo a la *commenda*, donde además del «riesgo del mar y de las gentes» ambos, mercader y financiero, *tratactor* y *stans*, compartían el riesgo comercial y las ganancias, GONZÁLEZ DE LARA, Y., «Respuestas contractuales a cambios institucionales: Un análisis histórico institucional», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 812, 2004 (Ejemplar dedicado a: Historia empresarial: juegos, contratos y grupos), pp. 91-104, destaca la relevancia de la intervención del estado veneciano a través de la imposición de medidas institucionales para el control de las cuentas de los comerciantes mediante una «contabilidad completa justa, verdadera, sin engaños, ni malas intenciones», como la verificación de los diferentes hechos que puedan afectar a la actividad, la organización de convoyes, o la organización de un cuerpo de oficiales a los que se confiaba las decisiones de la navegación y el castigo a los estafadores.

<sup>4</sup> GARCÍA SANZ, A., «Un contrato de *commenda* de 1221», *Ausa*, vol. 2, núm. 27, 1959, pp. 166-172, señala que aunque en la *commenda* comercial se prescinde del jura-

Otro tanto se presenta en los orígenes de la compañía «mercantil, de comercio o de mercaderes», donde el sustento del grupo familiar se manifestaba en la unidad para la compartición del pan común. Este carácter eucarístico de la sociedad nació del «corpo» del patrimonio que los miembros de la familia afectaban de forma irrevocable al fin social, donde luego se añadirán los fondos de otros familiares o socios, o incluso de terceros, con distinta estabilidad en la entidad. Pero con las sociedades también apareció la posibilidad de eventuales confrontaciones, desde el momento que cada uno de los socios podía actuar en su propio interés («res mea agitur»), que fueron integradas mediante el reconocimiento de un «deber de fidelidad», *affectio societatis* de intensidad variable, según su posición y las características de la sociedad (vgr., posición de control, sociedades de capital diversificado, pequeña empresa o sociedad, o de corte familiar)<sup>5</sup>.

Sin embargo, cuando entre los socios aparecen unos socios-administradores o unos admiradores terceros tiene lugar una traslación de la custodia de intereses hacia la tutela de un interés ajeno («res tua agitur»). Su actuación se ha de adaptar asimismo a las exigencias de la buena fe, en tanto que aquéllos depositan en éstos su confianza para una adecuada gestión de los asuntos sociales. Empero, al igual que entre los socios la sociedad constituye un contrato de colaboración más o menos abierto, según la modelación estatutaria y la regulación de la figura, la relación entre el administrador y la sociedad se define bajo sus propios parámetros. Por mor de su designación entre los socios o por la junta general, el administrador se sujeta al cumplimiento de unos deberes fiduciaros con sus consocios o con la sociedad, pero, al mismo tiempo, ha de gozar de un suficiente margen de discrecionalidad en el ejercicio de su función.

En esta continua tensión, la buena fe, como principio general, ha de jugar un papel determinante, aunque necesitado de la oportuna concreción, para asentar las relaciones entre socios y administradores, así como para ordenar su conducta al «interés social». Ciertamente, otras cláusulas generales como la moral, el orden

---

mento de fidelidad que caracterizaba a la *commenda* feudal, sí que se mantienen locuciones sacramentales como la expresión *sine enganno*, que no puede ser entendida, como hiciera Sayous, en términos de ganancia, sino de engaño.

<sup>5</sup> GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, cit., pp. 297 y 376, alude al origen de las sociedades familiares, y a su ampliación por la fuerza expansiva de la vida de los negocios para la conformación de figuras societarias y parasocietarias múltiples, que se trasladó luego a la confianza depositada en los administradores; y, aun en las sociedades de capitales, mantiene un deber de fidelidad exigido por la regla general de la buena fe, que obliga también a la observancia de las buenas costumbres y a la prohibición del abuso de derecho.

público, el perjuicio de terceros o los usos mercantiles y las buenas costumbres pueden tener una fuerza integradora del comportamiento debido de los administradores sociales. Junto a ellos, las reglas de general aplicación a las normas jurídicas, como el fraude de ley o el abuso de derecho, pueden adaptar los aspectos formales de la regulación a la realidad sustantiva. Esto ha dado lugar a instituciones ya características del Derecho de sociedades de nuestro tiempo como el administrador de hecho, la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica o el abuso de la posición jurídica del socio<sup>6</sup>.

De nuevo, ante la necesidad de conceder una mayor seguridad a socios e inversores a raíz de las relaciones entre los administradores y la sociedad y los restantes sujetos que resultan afectados por su actividad, se ha de prestar una renovada atención a las exigencias de la buena fe en el marco de estas relaciones. Se trata, con todo, de una vieja cuestión, tratada *in illo tempore* desde las olvidadas fórmulas sacramentales del Medievo, que ha resurgido en tiempos recientes por la influencia de los principios del movimiento del *Corporate Governance* a través de los llamados «costes de agencia»<sup>7</sup>.

## 2. LA PROGENIE DE LA CRISIS ECONÓMICA. LA LEY 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE, PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

Las reformas en la regulación española en esta materia, inspiradas en buena medida por las tendencias del *Corporate Governance*, ha llevado a continuos vaivenes legislativos a la hora de regular los deberes generales de los administradores sociales, para llegar, finalmente, al mismo punto de partida. Como resultado, también se ha de decir, en la actualidad nos hallamos en presencia de un régimen que, como resulta evidente, está mucho más desa-

---

<sup>6</sup> Por todos, LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Comares, Granada, 2003; BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2006; y en nuestra obra, *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. (control societario y los abusos de mayoría, de minoría y de igualdad)*, Bosch, Barcelona, 2013.

<sup>7</sup> Resumen la doctrina de los «problemas de agencia», por muchos, SITKOFF, R. H., «The Economic Structure of Fiduciary Law», *Boston University Law Review*, núm. 91, 2011, pp. 1039-1049, pp. 1040-1; y ARMOUR, J./HANSMANN, H./KRAAKMAN, R., «Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement», en *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, 2009, pp. 35-53. En su origen, desde esta perspectiva, BERLE, A. A., «Corporate Powers as Powers in Trust», *Havard Law Review*, núm. 44, 1931, pp. 1049 ss., y «From Whom Corporate Managers Are Trustees; A note», *ibidem*, núm. 45, 1932, pp. 1365 ss.

rollado con la actual regulación consolidada. Recuérdesse que la Ley de 17 de julio de 1951, sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas, partía, en su artículo 79, de un modelo mixto basado en la diligencia y la lealtad, mediante la exigencia de la «diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal». Más tarde, el artículo 127 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, solo añadió, como complemento, un deber de «secreto sobre las informaciones de carácter confidencial»<sup>8</sup>.

En las postrimerías del pasado siglo y en los albores del presente, los «Códigos de buen gobierno» para las sociedades cotizadas actuaron como punta de lanza en la recepción de las nuevas tendencias provenientes del *Common law*, con el consiguiente desarrollo de las conductas y el régimen aplicable a los administradores sociales en el ejercicio de su función<sup>9</sup>. La necesidad de reaccionar a algunos comportamientos que dieron lugar a sonados escándalos financieros con efectos a escala supranacional llevó a que el legislador optara, frente a la técnica del «comply or explain», como una suerte de *soft law* o «derecho opcional», por traspasar algunas de recomendaciones de buen gobierno al *hard law*, «derecho positivo», que en modo alguno, como se verá, constituye necesariamente un derecho imperativo irrenunciable.

Con el fin de promover una mayor seguridad jurídica del sistema de sociedades, la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores,

---

<sup>8</sup> Fueron precursores de un tratamiento específico del materia, entre nosotros, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Civitas, Madrid, 1996; y RUIZ-RICO RUIZ, C., «La responsabilidad de los administradores por conflicto de intereses de las sociedades de capital», *Revista de estudios jurídicos (REJ)*, núm. 3, 2000, pp. 309-326.

<sup>9</sup> El Código Olivencia (Informe de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, de 26 de febrero de 1998) concluía, en su recomendación decimosexta, «Que la normativa interna de la sociedad detalle las obligaciones que dimanen de los deberes generales de diligencia y lealtad de los consejeros, contemplando, en particular, la situación de conflictos de intereses, el deber de confidencialidad, la explotación de oportunidades de negocio y el uso de activos sociales». Al hilo del anterior, el Informe Aldama (Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas, de 8 de enero de 2003), en su punto III.2.2. señalaba que «Por ello, la primera medida a adoptar para reforzar la eficacia del deber de lealtad consistiría en detallar -al menos en un nivel intermedio de especificación- las obligaciones básicas derivadas del principio general, como sugería ya el Informe Olivencia. En efecto, la definición de pautas de actuación concretas incrementa la observabilidad y verificabilidad de las conductas indebidas facilitando el trabajo de quienes han de velar por su cumplimiento y especialmente el de los Jueces, orienta la conducta de los administradores; suministra amparo a los operadores para resistir presiones indebidas, y contribuye a la creación de una cultura corporativa adecuada, que en última instancia es lo más importante».

y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, conocida entonces como la Ley de Transparencia de 2003, supuso un avance considerable respecto del anterior esquema de «deberes inherentes» a la condición de administrador. Con ella se pasó de un sistema trimembre, basado en los deberes de diligencia, lealtad y secreto, a un edificio apoyado sobre cuatro pilares, mediante el desarrollo del artículo 127 LSA a través de distintos números, y en el que el deber de fidelidad adquirió una autonomía propia<sup>10</sup>. Como anticipo de la regulación actual, la Ley de transparencia articuló un sistema de deberes donde el entonces llamado «deber de diligente administración» y el de fidelidad quedaron configurados de forma amplia, mediante la inclusión de unos conceptos indeterminados o generales, que eran integrados con la remisión al deber de información o al concepto genérico del «interés social». Por otra parte, los deberes de lealtad y secreto comprendían ya entonces una relación de las conductas exigibles y regularon con mayor detalle tanto el régimen de las situaciones de conflicto del administrador con la sociedad, como las relaciones con las personas a él vinculadas<sup>11</sup>.

Con el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y siguiendo de nuevo las tendencias de una parte relevante de la doctrina del *Common law*, se volvió a un esquema original que pivota sobre los ejes del deber de diligencia y del deber de lealtad. Se integró de esta forma el hasta entonces deber «general» de fidelidad en el enunciado del deber de lealtad contenido en el artículo 226 LSC, donde fue trasladado el concepto de «interés social», soslayándose, sin embargo, la plasmación normativa de la buena fe a través del reconocimiento de este deber<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> De esta forma, el deber de diligencia resultó transformado en un deber de «diligente administración», al cual se incorporó un deber de información, y el número bis del artículo 127 TRLSA introdujo el deber de fidelidad, en sentido general, con remisión, de una parte, a «los deberes impuestos por las leyes y los estatutos» y, de otra, al «interés social», donde hacía referencia a su equiparación con el «interés de la sociedad».

<sup>11</sup> La Ley de transparencia incorporó al número ter del artículo 127 LSC la relación de conductas en las que se podía manifestar su incumplimiento, entre las que incluía las prohibiciones de utilización del nombre de la sociedad o de su condición en beneficio propio, así como el aprovechamiento de oportunidades de negocio o la utilización de activos sociales con igual fin. Por otra parte, el deber de secreto quedó desplazado al número quáter del artículo, donde tomó como referente el «interés social», y contempló la excepción de su aplicación en los casos autorizados por la ley, tales como las pertinentes comunicaciones a las autoridades de supervisión.

<sup>12</sup> El texto refundido de la Ley de sociedades de capital separó en diferentes normas los supuestos de hecho que a los que afectaba este deber de lealtad en la redacción de sus artículos 228 a 231, comprensivos, en la línea emprendida por la Ley de transparencia, de la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador, de la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio y de las situaciones de

En su tiempo, la Ley de transparencia de 2003 supuso una trasposición evidente a nuestro ámbito de las soluciones traídas de los vientos atlánticos del *Corporate Governance*<sup>13</sup>. Posteriormente, el Texto refundido de la ley de Sociedades de Capital de 2010 (LSC) actualizó, con un efecto *ultra vires*, el régimen jurídico de los deberes de los administradores sociales a las posteriores tendencias en esta sede. En nuestros días, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, vuelve a ser fruto de la progenie de leyes que son resultado de la unión del Derecho y la crisis económica. Entre las muy diversas cuestiones de que trata la nueva regulación, sin retomar, en lo que aquí interesa, el defenestrado deber de fidelidad, hace referencia, sin embargo, a la buena fe en dos aspectos relevantes. De una parte, en el marco del renombrado «deber general de diligencia», junto al desarrollo dado por el artículo 225 LSC, consagra la llamada «protección de la discrecionalidad empresarial» en el subsiguiente artículo 226, donde, entre las condiciones que dan lugar a su aplicación, incluye la actuación de buena fe del administrador; de otra, el artículo 227, dedicado al deber de lealtad, añade a los anteriores conceptos generales del «fiel representante» y del «interés social», la necesidad de que el administrador obre de «buena fe»<sup>14</sup>.

Este carácter omnisciente de la «buena fe» se manifiesta en esta sede a través de diferentes vías, tanto en el deber general de diligencia como en el deber de lealtad<sup>15</sup>. Tras las peripecias de los últimos años, volvemos al punto de partida de una clasificación de los deberes de los administradores basada en el deber de diligencia, si bien queda sin definir su carácter dispositivo para las partes, y un

---

conflicto de intereses tanto de los administradores como de las personas a ellos vinculadas, junto con la traslación a este ámbito de la prohibición de competencia. El deber de secreto, sin embargo, en línea con la regulación anterior, mantuvo su autonomía y quedó ubicado en el artículo 232 del Texto refundido.

<sup>13</sup> Acerca el recurso a la buena fe en Delaware, como Estado de referencia en materia societaria, ante la falta de otros mecanismos de reacción ante escándalos financieros como Enron o WorldCom, y el marco legal que surge con posterioridad con la *Sabanes-Oxley Act* y la creación de administradores independientes y comités de auditoría para las sociedades cotizadas, JONES, R. M., «The Role of Good Faith in Delaware: How Open-Ended Standards Help Delaware Preserve Its Edge», *New York Law School Law Review*, núm. 55 (2), 2011, pp. 499-522, pp. 503-505.

<sup>14</sup> Además, en un plano descendente de lo general a lo particular en la conducta exigible a los administradores sociales, la reforma ordena de forma sucesiva las obligaciones básicas que derivan de este deber de lealtad en el artículo 228, la relación de situaciones de conflicto de interés en el 229, y modela en el sucesivo artículo 230, dentro del carácter imperativo del deber, un régimen de dispensa. Finalmente, en el subsiguiente artículo 231 extiende su aplicación a la intervención de personas a aquéllos vinculadas.

<sup>15</sup> También para APPLEBY, A. D./MONTAIGNE, M. D., «Three's Company: Stone v. Ritter and the Improper Characterization of Good Faith in the Fiduciary Duty Triad», *Arkansas Law Review*, vol. 62, 2009, pp. 431-474, p. 433.

régimen, imperativo pero disponible o dispensable, del deber de lealtad. La reforma, en este punto, vuelve de nuevo la vista a los esquemas de otros sistemas del *Common Law* que distinguen los deberes de *care* y *loyalty*, que se hallan, por ende, en relación de complementariedad<sup>16</sup>. Si el deber general de diligencia se extiende desde aspectos organizativo-societarios al ámbito empresarial, de forma expresa a través de la plasmación de la protección de la discrecionalidad empresarial, el deber de lealtad, como contrapeso, a partir del concepto de «representante leal» y de las previsiones de la situaciones que dan lugar a conflictos de interés, parte de la tutela del interés de la sociedad<sup>17</sup>.

Con ello vuelven pretéritas cuestiones sobre la posición asumida por los administradores en el ámbito del Derecho de sociedades. Ahora bien, en ocasiones, la línea que separa ambos deberes no se muestra tan nítida, o su ámbito de aplicación puede resultar controvertido, por lo que el principio de buena fe puede jugar un papel decisivo en la resolución de las controversias que se puedan presentar en la realidad práctica<sup>18</sup>. A su vez, el diferente tratamiento jurídico que el nuevo régimen dispensa a las infracciones del deber de lealtad o al incumplimiento del deber de diligencia hace surgir nuevas implicaciones que requieren de criterios ordenadores que concreten el principio general de buena fe en consideración a los aspectos antropológicos de la posición jurídica del administrador.

---

<sup>16</sup> Tampoco es éste un esquema pacífico dentro de todas las jurisdicciones del *Common law*, ni en las distintas normas que se someten a su ámbito de influencia. Puede verse la conformación autónoma del deber de actuar de «buena fe», entre otras, en la *Model Business Corporation Act de la American Bar Foundation*, en los Principios de gobierno corporativo de la OCDE, que actualmente están siendo sometidos a revisión, o en la *Corporation Act* de Australia de 2001, en su artículo 181.

<sup>17</sup> Separó ya entonces el Informe Aldama (Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas, de 8 de enero de 2003), dentro del ámbito de la responsabilidad de los administradores, los deberes de diligencia, lealtad y buena fe en su apartado 2.4, donde consideró «la necesidad de separar lo más claramente posible las consecuencias de las decisiones adoptadas por los miembros del consejo en interés de la sociedad, con el debido estudio y asesoramiento, de aquellas otras que se toman por los consejeros en razón de un interés personal o en conflicto con los de la sociedad, como ya se ha indicado en apartados anteriores. En todo caso, la comisión desea destacar la importancia de que todos los miembros del consejo de administración, sean o no ejecutivos, desempeñen sus cargos de buena fe y con la diligencia necesaria para la consecución de los intereses sociales».

<sup>18</sup> Atendiendo a la distinta tipología de sociedades, en el Derecho colombiano ha asumido una posición predominante la sociedad por acciones simplificada, donde prima la autonomía de la voluntad y como apunta POLANÍA TELLO, N., «Responsabilidad por violación de la buena fe en la sociedad por acciones simplificada», *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia), núm. 23 (Julio-Diciembre), 2012, pp. 279-329, pp. 283-4, la buena fe integra, por vía de los principios, las reglas de responsabilidad de los administradores y su carácter transversal tiene diferentes proyecciones en el modelo de responsabilidad.

## II. LA BUENA FE EN SEDE DE DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES: SUS IMPLICACIONES

### 1. LA BUENA FE COMO REQUISITO DE LA REGLA DE LA PROTECCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL DEL DEBER DE DILIGENCIA

#### 1.1 **Ámbito de aplicación**

El artículo 225 LSC, en su nueva redacción, desarrolla la conducta exigible de los administradores sociales para el cumplimiento de su deber de diligencia, con inclusión de algunos parámetros añadidos al derecho de información, también llamado «derecho de llave», como la naturaleza del cargo, las funciones atribuidas, la dedicación adecuada y la adopción de medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad<sup>19</sup>. En relación, no ya tanto con aspectos relacionados con la «diligencia societaria», sino en el ámbito empresarial, y dentro del mismo con las «decisiones estratégicas y de negocio», el artículo 226 dispone un particular régimen de protección de la discrecionalidad del administrador en este particular ámbito de su actuación. Con ello consolida una tendencia jurisprudencial importada de la experiencia de la aplicación de la *Business Judgment Rule* en el Derecho de sociedades de Estados Unidos, y que ya ha tenido acogida en el Derecho continental, con orientaciones diversas, entre otros, en el Derecho alemán o en el portugués<sup>20</sup>. Ahora la ley 31/2014 la institucionaliza en nuestro Derecho de sociedades a fin de proteger a los administradores, como contrapunto del empoderamiento de los socios a través de la junta general, por la adopción de decisiones de carácter empresarial y ante reclamaciones de responsabilidad derivadas de incumplimientos de su labor activa de diligencia<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Véase su aplicación en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de fecha 17 de abril de 2013 (AC\2013\743), Fundamento de Derecho Tercero.

<sup>20</sup> Para su estudio en el marco del Derecho alemán, a partir del artículo apartado 1, párrafo 2 del artículo 93 de Ley de Sociedades Anónimas (*Aktiengesetz*), LUTTER, M., «Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 2007, pp. 841 ss., pp. 843-845. También recoge la figura el artículo 72.2 del «Código das sociedades Comerciais». Para una aproximación, COSTA, R., «Responsabilidade dos administradores e business judgement rule tin Reformas do Código das Sociedades», *Colóquios n.º 3*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, 2007.

<sup>21</sup> Últimamente puede verse en GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los deberes de la business judgment rule al ordenamiento español*, Aranzadi-Civitas, Cizur Menor, 2014, *passim.*, y ya antes en nuestra obra, *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La Regla del –buen– juicio empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

Para ello requiere que el administrador, junto a la exigencia de actuar con la diligencia propia de un «ordenado empresario», actúe de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. Empezando por los dos últimos requisitos, esto es, la obtención de información suficiente y la adopción de un procedimiento de decisión adecuado, su carácter procedimental parte necesariamente del reconocimiento implícito de la asunción de un riesgo común a toda actividad económica en un mercado en competencia. Desde el modelo general de conducta del «empresario ordenado», y descendiendo a la naturaleza del cargo, las funciones atribuidas y la dedicación adecuada que impone el artículo 225 LSC, las decisiones se han de adaptar, descendiendo a lo particular, al sector de actividad de que se trate, en relación con una empresa y operación similares, y en consideración al resto de circunstancias concurrentes. Pero a su vez, para su evaluación, es preciso la toma en consideración, en primer lugar, de los medios de que se sirva el administrador, y no solo en un plano interno del órgano, a través del ejercicio de su derecho de información, sino también dentro de las estructuras organizativas de la sociedad, mediante la conformación de «canales de comunicación» que sirvan para implantar procedimientos de información y de control.

Por otra parte, la diligencia requerida se ha de plasmar en la «protocolización» de la información suficiente sobre la cual el administrador pueda adquirir un «juicio fundado» que sirva de base para la adopción de las decisiones y los acuerdos necesarios y adecuados para el correcto desarrollo del objeto social<sup>22</sup>. Con ello, a la postre, la nueva regulación institucionaliza una de las principales preocupaciones del legislador, tras los efectos de la crisis económica, como es la adopción de mecanismos para la «gestión de riesgos» (*risk management*) en atención, al menos, a controles procedimentales o analíticos<sup>23</sup>. Ciertamente, la función del administrador no se puede evaluar sobre criterios de prudencia, sino que la labor de inversión que le es encomendada exige que trate de maximizar la utilidad esperada sobre la base de los recursos de los que disponga. Desde esta perspectiva, las decisiones de inversión, esto

<sup>22</sup> Cuestiones todas ellas ya tratadas en nuestra monografía, *La Revisión Legal («Legal Due Diligence») en el Derecho Mercantil. (Transparencia y control en operaciones de inversión y en adquisiciones y fusiones de empresa)*, Comares, Granada, 2008.

<sup>23</sup> Sobre esta «gestión de riesgos empresariales», (*Enterprise Risk Management –ERM–*), entre otros, HARNER, M. M., «Ignoring the Writing on the Wall: The Role of Enterprise Risk Management in the Economic Crisis», *Journal of Business & Technology Law*, núm. 5, 2010, pp. 45-57; y HURT, C., «The Duty to Manage Risk», *Journal of Corporation Law*, vol. 39, núm. 2, 2014, y en *Illinois Program in Law, Behavior and Social Science Paper núm. LBSS14-09*, pp. 1-44, pp. 7-9.

es, las «estratégicas y de negocio», han de interpretarse bajo el espectro de los criterios de mercado, de la información de la que pueda disponer y de la asunción de riesgos en relación con la incidencia y la «importancia significativa» que la medida que pueda tener sobre la situación de la empresa<sup>24</sup>.

Con estos requerimientos se sigue una línea, ya en su día emprendida por una muy comentada sentencia de la Corte Suprema de Delaware en el caso *Smith v. Van Gorkom* de 1985, que, en aplicación de la *Business Judgment Rule*, únicamente requirió la acreditación de «la corrección de los mecanismos y procedimientos seguidos en la forma que lo haría una persona razonablemente prudente, en la adopción de la correspondiente decisión empresarial»<sup>25</sup>. La adopción de tal criterio propició una relevante reforma del Código de Delaware para proteger a los administradores sociales mediante la admisión de una cláusula estatutaria que excluyera la aplicación de las acciones indemnizatorias por incumplimientos del deber de diligencia. Con todo, al igual que respecto de los elementos conformadores de nuestra regla de protección de la discrecionalidad empresarial, y para no desvirtuar el régimen de deberes, el legislador estatal condicionó su aplicación a una serie de requisitos, entre los cuales destaca el cumplimiento de las exigencias de la buena fe. En ello incidiremos, por su importancia, más adelante<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Acude a los conceptos generales de «cálculo razonado del riesgo» y «racionalidad económica», GARRETA SUCH, J. M., *La diligencia y responsabilidad de los administradores y la contabilidad*, Marcial Pons, 2014, esp. pp. 42, 56-57, y 112-3. Obsérvese también la importancia asumida por otros sistemas de verificación de la solvencia a través de los llamados «colchones» de capital y los sistémicos de riesgo, que se vienen imponiendo desde la regulación del sector financiero. Cfr., arts. 34 ss. Directiva 2000/12/CE y Directiva 2013/36, de 26 de junio y Reglamento 575/2013; y art. 43 de la ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito sobre el requisito combinado de los colchones de capital y de solvencia, y el art. 80 de la ley 10/2014, sobre las obligaciones de publicación por el Banco de España de la información relativa a las normas de solvencia.

<sup>25</sup> *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985). Mantuvieron una posición crítica, ante la falta de atención a los aspectos sustantivos de la decisión, por muchos, HERZEL, L./KATZ, L., «Smith v. Van Gorkom: The Business of Judging Business Judgment», *Business Lawyer*, 1986, núm. 49, pp. 1187-1993, p. 1190; ALLEN, W. T./JACOBS, J. B./STRINE, L. E., «Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and Its Progeny as a Standard of Review Problem», *Northwestern University Law Review*, núm. 96 (2), 2002, pp. 449-466; y STOUT, L. A., «In Praise of Procedure: an Economic and Behavioral Defense of Smith v. Van Gorkom and the Business Judgment Rule», *ibidem*, núm. 96 (2), 2002, pp. 675-694.

<sup>26</sup> Section 102(b)(7) Delaware, que no obstante, señala que cualquier regulación estatutaria exculpatória o limitadora de la responsabilidad de los administradores será inefectiva en cuanto alcance al deber de lealtad, a la buena fe o a conductas dolosas o contrarias a la ley, al reparto ilegal de dividendos o a otras distribuciones entre los socios, o a una transacción de la cual el administrador resulte directamente beneficiado. «A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the

Conforme a estos parámetros de adopción de procedimientos adecuados para la toma de decisiones, que sirve para dar efectividad al «derecho de llave» o derecho-deber de información de los administradores, parece que el administrador deba gozar de esta protección bien a modo de inmunidad, bien de presunción<sup>27</sup>. Sin entrar ahora en tan espinosa cuestión, que deriva en un problema de *onus probandi*<sup>28</sup> de los presupuestos de la regla, no debe tampoco obviarse que estas técnicas, empleadas en el ámbito de las *due diligence* de las grandes sociedades, en las que se inspira el movimiento de reforma, tienen mal encaje con los esquemas habituales en las decisiones empresariales adoptadas por el órgano de administración de las pequeñas sociedades. Éstos aparecen constituidos por lo general en forma de administrador único y con una cierta correlación entre la propiedad del capital y la dirección de la sociedad. Con ello desaparecen buena parte de los problemas vinculados a los «costes de agencia», que se trasladan a la relación entre el socio de control y el socio o socios minoritarios, así como la necesidad de un «deber-derecho» de información en el seno del consejo de administración<sup>29</sup>.

## 1.2 La necesidad de motivación y la decisión racional o razonada

Pero, llegados a este punto, conviene detenerse en aquellos requisitos para la aplicación de la «protección de la discrecionalidad empresarial» que asumen un carácter sustantivo en relación con la adopción de decisiones de este corte. De un lado, el legislador requiere que el administrador haya actuado de buena fe; de otro, que carezca de interés personal en el asunto objeto de decisión<sup>30</sup>. Según estos

---

director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders; (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law; (iii) under § 174 of this title; or (iv) for any transaction from which the director derived an improper personal benefit...». Así, para BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival of Duty of Care Liability in Business Organization Law», *Tulsa Law Review*, vol. 41, 2006, pp. 477-512, p. 493, la «buena fe» constituye el «talón de Aquiles» tanto de la *Business Judgment Rule* como de la cláusula estatutaria de exculpación.

<sup>27</sup> GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia*, cit., pp. 313 y ss.

<sup>28</sup> Al respecto LUTTER, M., «Die Business Judgment Rule», cit., p. 846, a la luz de la disposición normativa del Derecho de sociedades alemán que atribuye al administrador afectado la acreditación de los requisitos establecidos para la aplicación de la protección que le dispensa la norma.

<sup>29</sup> Reconoce que esta tensión no existe en las sociedades cerradas donde los socios participan de la administración, BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival», cit., pp. 512-3. En todo caso, a partir de la responsabilidad individual, el artículo 226 LSC toma como referente al administrador y no al órgano de administración en su conjunto, por lo que en el caso del consejo de administración se habrá de estar a las normas que rigen el régimen de responsabilidad aplicable a sus miembros.

<sup>30</sup> Al respecto, en el Derecho español, GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia*, cit., pp. 271 ss.

criterios, bien parece que la protección que le otorga la norma, tras el reclamo de la ausencia de interés personal, al cual se ha de añadir que las decisiones no afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas, en particular, respecto de las «autorizaciones singulares» y dispensas del deber de lealtad, se haya de ubicar a caballo entre el deber de diligencia y el deber de lealtad. Sin embargo, la discrecionalidad se ha de mantener dentro del ámbito de la diligencia, de modo que el administrador solo goza de esta protección cuando se ejerce aquélla, mientras que su aplicación ha de quedar excluida cuando afecte al deber de lealtad.

De otra parte, como es fácilmente reconocible, el recurso a la buena fe, como principio informador del ordenamiento jurídico, escapa, incluso, a los conceptos jurídicos indeterminados de «información suficiente» y «procedimiento de decisión adecuado» y precisa de una adecuación al ámbito de las decisiones empresariales y de negocio. Todo ello a partir de la diligencia exigible del administrador bajo el estándar genérico de la propia del ordenado empresario, si bien adaptada a la naturaleza del cargo y a las funciones que le sean atribuidas<sup>31</sup>. Pues bien, frente a tales exigencias, que pueden quedar relativizadas por las circunstancias que influyen en la verificación del cumplimiento de una «diligencia procedimental» en el caso concreto, se ha de plantear también si la buena fe, desde esta perspectiva sustantiva, constituye una presunción, si bien *iuris tantum*, a favor de la correcta disposición personal del administrador en la adopción de decisiones de tipo empresarial. Ello podría llevar equivocadamente a tratar la conducta desde la perspectiva del deber de lealtad, en relación con la consecución del «mejor interés social». Sin embargo con ello se equivocaría el paso.

Sirva para alumbrarnos que, inmediatamente después del comentado caso *Smith v. Van Gorkom*, la Corte Suprema de Delaware, en el caso *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum* exigió, para la aplicación de la *Business Judgment Rule*, como medida para excepcionar la responsabilidad por negligencia o error, que «los administradores pudieran conocer los riesgos que de la decisión pudiera causar a la sociedad, y que para ello actuaran con buena fe y realizaran una investigación razonable», de modo que «las medidas adoptadas fueran razonables en atención al asunto empresarial

<sup>31</sup> Sobre la elaboración de conceptos generales en el Derecho de sociedades, puede verse FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Pórtico, Zaragoza, 1977, pp. 330 ss. También alude a la *Business Judgment Rule* como una «regla incompletamente teorizada», GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty», *Maryland Law Review*, vol. 66, 2007, pp. 398-474, p. 435.

planteado»<sup>32</sup>. Con posterioridad, otras resoluciones, e incluso otros regímenes normativos del *Common Law*, han acudido a esta «regla de la razonabilidad» para, dentro de la llamada *insight bias*, excluir la protección que dispensaba la regla<sup>33</sup>.

Aun así, la racionalidad o la razonabilidad de la justificación empresarial de la decisión adoptada se ha enmarcar dentro de la discrecionalidad de la que ha de gozar el administrador. Como contrapunto, tal discrecionalidad no se puede transformar en impunidad ante la adopción de decisiones que carezcan del más mínimo sentido empresarial<sup>34</sup>. En este equilibrio entre el «riesgo de empresa», que excluye cualquier visión finalista o «sesgo retrospectivo» del juzgador, en relación con la apreciación del cumplimiento del deber como una obligación de resultados, y la tutela efectiva de los derechos legítimos afectados por la decisión, la buena fe en el marco de la protección de la discrecionalidad empresarial actúa como límite insoslayable que evita la inimputabilidad del administrador. Se trata, en definitiva, en la línea de procurar un mejor «control de los riesgos», de acreditar una cierta razón de la deci-

<sup>32</sup> En 1995, en el caso *Unitrin, Inc. v. American General Corp.* (651 A.2d 1361 (Del. 1995)) la Corte Suprema de la Delaware reconoce que no corresponde al Tribunal enjuiciar «si los administradores adoptaron una decisión perfecta, sino una decisión razonable». Corresponde, por lo tanto al órgano de administración elegir entre las distintas alternativas de que dispone y, por dicha razón, su decisión empresarial no puede ser revisada por los tribunales, que, según la *Business Judgment Rule*, solo pueden pronunciarse sobre la racionalidad de la decisión adoptada.

<sup>33</sup> El apartado sexto de los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, relativo a las responsabilidades del Consejo, indica los principios de actuación del deber general de diligente administración, a partir de las conductas de información, buena fe y cuidado, donde se integran los mecanismos de información y los procedimientos societarios de control y publicidad, según un criterio de prudencia y racionalidad, atendiendo a las circunstancias. Junto al «test de la base de racionalidad» (*rational basis test*) que ha sido empleado para apreciar cuando el administrador omite su deber de diligencia, bajo los parámetros objetivos de la conducta que ha de ser esperada del mismo, también la «doctrina del derroche» (*waste doctrine*), en particular tras el conocido como caso Disney y el pago de retribuciones exorbitadas, ha tratado de sancionar estas conductas que buscaban ampararse en la *Business Judgment Rule*. Por muchos, HECKER, W. JR., «Fiduciary Duties in Business Entities Revisited», *Kansas Law Review*, núm. 61, 2013, pp. 923-981, p. 951. Con todo, apunta sus limitaciones, a la luz de los casos *Goldman Sachs* y *Citigroup* seguidos ante la Corte Suprema de Delaware en los años 2011 y 2012, HURT, C., «The Duty to Manage Risk», cit., pp. 28-9 y 35; posición que es criticada por PAN, E. J., «Rethinking the Board's Duty to Monitor: A Critical Assessment of the Delaware Doctrine», *Florida State University Law Review*, vol. 38, 2011, y en *Cardozo Legal Studies Research Paper No. 299*, pp. 1-44.

<sup>34</sup> Remiten al criterio de racionalidad como manifestación de la conducta diligente del administrador, frente al criterio de prudencia, con el fin de concederle una mayor discrecionalidad, EISENBERG, M. A., «Whether the Business Judgment Rule Should Be Codified», *Background Study for the California Law Revision Commission*, 1995, pp. 33-50, p. 42; VEASEY, E. N., «Musings on the Dynamics of Corporate Governance Issues, Director Liability Concerns, Corporate Control Transactions, Ethics and Federalism», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 152, núm. 2, 2003, pp. 1007-1021, p. 1009; y GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., pp. 404 y 457-472, que parte de la teoría de la decisión racional (*decision theory*) para aludir al «principio de razón insuficiente» (*principle of insufficient reason*).

sión, en referencia a una explicación lógica que la justifique, en contraposición a conductas «estúpidas», «notoriamente negligentes» o «irracionales»<sup>35</sup>.

Trasladado a nuestros esquemas normativos, la buena fe requiere, en primer lugar, una correlación con el estatuto jurídico del «ordenado empresario», si bien exige, al mismo tiempo, en el cumplimiento del deber de diligencia, su adaptación al cargo y a las funciones atribuidas, con atención a la inversión del capital y a la labor de gestión encomendada. Por otra parte, como elemento que da lugar a la protección que se dispensa al administrador en el ejercicio de sus facultades discrecionales, reclama, como requisito sustantivo, no ya solo una «información suficiente» que sirva para que el administrador pueda formarse un «juicio fundado», sino además una motivación también «suficiente» que sustente su decisión<sup>36</sup>. Ello conlleva, como resulta evidente, otros problemas relacionados con la presunción de esta buena fe y con la carga probatoria de su cumplimiento, no bien resueltos por nuestra regulación. En su caso, obliga al afectado por la decisión, cuando esté legitimado para el ejercicio de la correspondiente acción, a probar aquellas conductas que, en sentido negativo, resulten contrarias a este principio de la buena fe. Por otro lado, en positivo, el administrador ha de alegar aquellos argumentos que sirvan para sostener la justificación de la decisión empresarial adoptada en el ejercicio discrecional de su cargo<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> En este sentido, la comentada sentencia del caso *Brehm v. Eisner* ((746 A.2d 244, 264 (Del. 2000)) señala como límite la irracionalidad; y la sentencia del caso *Caremark Int'l Inc. Deriv. Litig.* ((698 A.2d 959 (Del. Ch.1996)), en consideración al aspecto sustantivo de la decisión, excluye la diligencia cuando la decisión pueda ser considerada «estúpida», «notoriamente negligente» o «irracional»; todo ello vinculado a la necesidad de actuar de buena fe en el desarrollo del interés social. Al respecto, con diferentes consideraciones, BAINBRIDGE, S. M., «Caremark and Enterprise Risk Management», *Journal of Corporate Law*, núm. 34, 2009, pp. 967-990; BISHOP, C. G., «Directorial Abdication and the Taxonomic Role of Good Faith in Delaware Corporate Law», *Michigan State Law Review*, 2007, pp. 905-939, pp. 918-921; y BRUNER, C. M., «Is the Corporate Director's Duty of Care a «Fiduciary» Duty? Does it Matter?», *Wake Forest Law Review*, vol. 48, 2013, pp. 1027-1054, p. 1046, en relación con las decisiones irracionales o no razonables.

<sup>36</sup> En esta línea, desde un punto de vista economicista, CODERCH, P. S./TERRA IBÁÑEZ, A./VEGA GARCÍA, A./GINÈS FABRELLAS, A./GÁLVEZ DURAN, S., «Deberes de eficiencia y libertad de actuar», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho (Indret)*, núm. 4, 2014, pp. 1-46, pp. 36 y 39, se refieren a los casos de ineficiencia flagrante, cuando existan otras alternativas de gestión comparables en cuanto a los costes esperados pero manifiestamente más eficientes, y a aquellas decisiones subóptimas e injustificables, de modo que aunque el resultado contable sea positivo, sin embargo sea económicamente negativo en relación con el capital empleado.

<sup>37</sup> Esta idea tampoco es ajena a la realidad de nuestro Derecho de sociedades, donde también se recoge la necesaria motivación de las decisiones o propuestas de los administradores lo largo de las competencias asignadas en aspectos organizativos de la vida social. Así se advierte, verbigracia, en el informe de gestión que han de presentar los administradores respecto de las adquisiciones y enajenaciones de acciones propias o participaciones o acciones de su sociedad dominante realizadas durante el ejercicio, en la propuesta de la

## 2. LA BUENA FE COMO PRESUPUESTO DEL DEBER DE LEALTAD: CONEXIONES CON EL «MEJOR INTERÉS DE LA SOCIEDAD»

En primer lugar, se ha de comenzar por recordar que la Ley de Transparencia de 2003 introdujo en el sistema de deberes generales de los administradores un deber de fidelidad en el añadido número bis al artículo 127 de la Ley de sociedades de anónimas, que se sustanciaba en dos aspectos: el cumplimiento de «los deberes impuestos por las leyes y los estatutos» y la fidelidad «al interés social, entendido como el interés de la sociedad». Tras el Texto refundido de la Ley de sociedades capital ambas formulaciones fueron sin embargo reconducidas al deber de lealtad, lo cual supuso la desaparición del deber de fidelidad. Ahora, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, el deber de lealtad, con mantenimiento de la tradicional referencia a la exigencia de la actuación del administrador como «fiel representante», varía el original entendimiento del «interés social» como el «interés de la sociedad» por un pretendido «mejor interés de la sociedad». Además retoma, tras unos años de omisión, como criterio paramétrico de la conducta del administrador en este ámbito, el recurso a la «buena fe».

Tal y como ha sido apreciado en marco del deber «general» de diligencia, el deber de actuar de buena fe adecúa el comportamiento del administrador a las exigencias de la honestidad de intención y a lo que de él razonablemente cabría esperar. Junto a lo anterior, en relación con los criterios de la protección de la discrecionalidad empresarial, este requisito precisa una concreción en la motivación o justificación de la decisión, en términos de su racionalidad<sup>38</sup>. Pero además, el artículo 226 LSC reclama que el administrador no tenga interés personal y, en apartado separado, excluye aquellas materias afectadas por el deber de lealtad<sup>39</sup>.

En el ámbito del deber de lealtad la buena fe impone, entre sus presupuestos, que el administrador no actúe con una motivación

---

política de remuneraciones del consejo de administración o en los diferentes informes que han de presentar a la junta general (cfr., arts. 148.d.1, 286, 308, 417 y 529 novodecies LSC).

<sup>38</sup> GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., p. 429, relaciona el requisito de la buena fe con aquellos supuestos en los que los administradores no se hallen en un situación de conflicto y en los que sus decisiones sean irracionales, bien por suponer un derroche del patrimonio de la sociedad, bien debido a deficiencias en el proceso de adopción de la decisión.

<sup>39</sup> También explica BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival», cit., p. 483, que mientras el deber de lealtad protege el beneficio personal del administrador, el deber de actuar de buena fe evita situaciones de abuso, particularmente en el caso de dejación de funciones o de incumplimientos del deber de vigilancia.

diferente de la consecución del «interés social»<sup>40</sup>. Aun cuando ambos deberes deban ser entendidos en sentido complementario, ello no quita para que cada uno haya de atender a sus específicos esquemas conceptuales. Así, la reforma proyecta el deber de lealtad *ad extra*, frente a terceros, en términos de representación de la sociedad, como «fiel representante» y, *ad intra*, lo orienta hacia el interés de la sociedad. Para ello desarrolla, en un orden que va de lo general a lo particular, una relación de «obligaciones básicas» que aúnan dentro de los tradicionales esquemas de los problemas de agencia, las situaciones de conflicto de intereses, que al mismo tiempo dan lugar a obligaciones de información y de abstención en la deliberación y votación de acuerdos<sup>41</sup>. Bajando un escalón más, en el artículo 229 LSC contempla los distintos supuestos causantes de situaciones de conflictos de interés, mientras que su particular régimen de dispensa, como alternativa al carácter imperativo del deber, queda trasladado al artículo 230 LSC. Junto a lo anterior, la nueva regulación acota la obligación de actuar según los fines para los cuales sus facultades hayan sido concedidas y explicita el desempeño de sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros, al paso que mantiene el deber de secreto en este ámbito<sup>42</sup>.

De acuerdo con esta formulación, el comportamiento del administrador según los cánones de la buena fe resurge en el artículo 227 LSC como elemento de la cláusula general del deber de lealtad. Empero, este principio inspirador de la conducta debida, además de un carácter moralizante, debe ser debidamente concretado en el ámbito del deber de lealtad en el que se pretende su aplicación<sup>43</sup>. El influjo del movimiento del *Corporate Governance* se

<sup>40</sup> Sobre la necesidad de un propósito honesto que busque el interés de la sociedad, por muchos, GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., p. 409.

<sup>41</sup> En referencia al principio general de buena fe, asimismo, entre nosotros, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 139 ss. y 159 ss.

<sup>42</sup> MÚGICA ALCORTA, R., «Desde el Gobierno Corporativo a la responsabilidad de los administradores (y II)», *Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto*, enero-junio 2010, pp. 135-264, pp. 151-4, a partir de la matización efectuada en el apartado primero del artículo 2391 del *Codice civile* italiano en 2003 sobre la idea de la «dualidad» de intereses frente a la anterior del «conflicto» o contraposición de intereses, con ampliación del ámbito del deber de lealtad, distingue entre el concepto de *lealtad*, que consiste en dar prioridad al interés del principal (la sociedad) cuando entra en conflicto con el interés personal del gestor (administrador), y la *fidelidad* en relación con al conflicto de intereses con terceros.

<sup>43</sup> Para PAZ-ARES, C., «Anatomía del deber de lealtad. Reflexiones a propósito del anteproyecto de reforma de la LSC», AA.VV., *Comentarios a la reforma del régimen de la Junta general de accionistas en la reforma del Buen Gobierno de las sociedades*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 95-112, el lenguaje moral pretende disciplinar «una actividad esencialmente discrecional», tanto para los destinatarios de la norma,

hace notar en nuestra legislación por medio de la expresión de nuevo cuño, incorrecta o gramaticalmente importada de la tradición anglosajona, del «mejor interés de la sociedad». La actuación de buena fe se ha de compenetrar, desde esta perspectiva, con la actuación del administrador que mejor sirva para atender al interés social, entendido, como otrora fuera explicitado, como el «interés de la sociedad».

Puede verse, sin embargo, que con la introducción de esta buena fe, recogida de las aportaciones *Common law*, se recuperan aspectos que tradicionalmente venían ligados al deber de fidelidad<sup>44</sup>. La enunciación del deber general de buena fe en esta sede se ha de entender en el sentido amplio de evitar abusos en su función o su ejercicio antisocial, con daño injustificado a las sociedad (cfr., art. 7 C.c.), lo cual obliga al administrador, con atención a «la naturaleza del negocio» y al «uso del comercio», a cuidar «el negocio como propio» (art. 255 CCo., para el comisionista). Esta visión da lugar a una extensión del ámbito material en la concepción tradicional del deber de lealtad, que en su núcleo imponía la obligación de todo gestor de actuar en interés del principal en caso de conflicto de intereses, con subordinación de su interés particular (o de las personas a él vinculadas) al del principal. De este modo, el régimen de «autorización singular» o dispensa que recoge la regulación se ha de entender como una adaptación a nuestro Derecho de sociedades de la autorización que se concede al comisionista o al agente, previa información de la situación (*disclosure*) para la actuación en la que se halle en conflicto (cfr., art. 267 CCo., y arts. 7 y 9.2.b., Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia)<sup>45</sup>.

como para los jueces, evitando así un mero juicio formal de subsunción, y todo ello con inspiración en el «mejor» e incluso en el «único» interés de la sociedad.

<sup>44</sup> Entre los movimientos de reforma en el Derecho comparado, véase la *Model Business Corporation Act* de la *American Bar Foundation*, en su apartado 8.30, y el artículo 172 de la *Companies Act* inglesa de 2006, que exige que el administrador actúe en el modo que considere, de buena fe, que sea el más adecuado para promover el éxito de la sociedad para el beneficio de sus miembros en conjunto. En nuestro sistema, también el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en su apartado XV, que reforma el Código Penal, suprime el artículo 295, relativo al delito societario de administración desleal y reconduce la persecución de tal conducta al ámbito del artículo 252, en el que se tipifica el delito ordinario de administración desleal de cualquier patrimonio ajeno. En el ámbito de nuestro contrato de agencia la buena fe tiene acogida tanto en la cláusula general de la conducta debida del agente, de modo que «en el ejercicio de su actividad profesional, el agente deberá actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe» que luego tiene desarrollo mediante una relación de obligaciones (*vid.*, art. 9 Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia), como en la posición del empresario que «en sus relaciones con el agente, ...deberá actuar lealmente y de buena fe» (*vid.*, art. 10 LCA).

<sup>45</sup> Al respecto, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad*, cit., p. 218, y SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Publicaciones del Real Colegio de España, Studia Albortiana, núm. 96, Bolonia, 2008, pp. 369 ss.

### 3. EXTENSIÓN DEL DEBER DE LEALTAD: POSIBLES INMERSIONES EN EL DEBER DE DILIGENCIA

#### 3.1 Implicaciones: el régimen de carácter imperativo y su dispensa y las acciones por deslealtad

En el *Common Law* la configuración de los deberes inherentes a la condición de administración ha evolucionado desde su origen en la teoría de la fiducia (*trust-law theory*) a su inserción en la teoría de la agencia (*agency-law theory*). Tampoco esto es ajeno a nuestra tradición jurídica, donde, como se ha indicado, *commendare autem est deponere*. La cuestión, sin embargo, se debate en términos de la aplicación del régimen de los deberes fiduciarios al deber de diligencia, donde solo en un sentido amplio, como agente de la sociedad, el administrador asume no ya una obligación de custodia, sino más bien un deber de inversión del patrimonio dinámico de la empresa social<sup>46</sup>.

A partir de este esquema conceptual, ambos deberes, de diligencia y de lealtad, mantienen ciertas notas distintivas que cabe separar convenientemente. En primer lugar, el deber de diligencia halla cabida en el sistema, tal y como ha sido apuntado, como una categoría *sui generis* de las obligaciones de medios. De ello es buena prueba la protección de la discrecionalidad empresarial, que ampara su conducta diligente. Sin embargo, el deber de lealtad, en particular cuando se aprecie una situación de «peligrosidad abstracta», obliga a la adopción de las cautelas necesarias mediante, en su caso, las obligaciones de información y abstención<sup>47</sup>. Por otra parte, el carácter «general» atribuido incorrectamente al deber de diligencia por la rúbrica del artículo 225 LSC obedece a la imposibilidad de delimitar *ex ante* todas las conductas concretas en las que se pueda manifestar, tanto en el plano societario como en el empresarial, lo cual obliga a acudir a una formulación programática o a unas «cláusulas generales de contenido indeterminado».

<sup>46</sup> Para un análisis de la teoría de la agencia (*agency-law theory*) y de la teoría de la fiducia (*trust-law theory*) y su aplicación al régimen de los administradores sociales, entre otros, RIBSTEIN, L. E., «Are Partners Fiduciaries», *Illinois Law Review*, 2005, pp. 209 ss.; GREGORY, W. A., «The Fiduciary Duty of Care: A Perversion of Words», *Akron Law Review*, núm. 38, 2005, pp. 181 ss., p. 183; y SHEPHERD, J. C., «Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships», *Law Quarterly Review*, 1981, pp. 21 ss., p. 49, quien también señala que el deber de diligencia no encuentra una relación directa con las relaciones fiduciarias.

<sup>47</sup> Esto lleva a BISHOP, C. G., «Directorial Abdication», cit., pp. 923-4, a admitir que la deslealtad puede incluso tener lugar de «buena fe»; no obstante esto incide en el plano del ejercicio de las correspondientes acciones y en la imputación de responsabilidad, por lo que puede ser únicamente de aplicación el *disgorgement*.

Contrasta esta solución normativa con el creciente desarrollo del deber de lealtad, a través, primero, de sus «obligaciones básicas» y, luego de las conductas que implican situaciones conflictos de interés con las que se pueden encontrar los administradores en el ejercicio de su labor<sup>48</sup>.

No obstante, la conformación legal del deber de lealtad tampoco puede ser entendida como una relación de casos que conformen un *numerus clausus*. Quizá contribuya a ello la remisión de la cláusula general del deber de lealtad del artículo 227 LSC a la buena fe del administrador. Desde esta perspectiva, el deber de lealtad goza de una taxonomía propia que no se puede injertar *sic et simpliciter* en el deber de diligencia. Ciertamente aun cuando ambos comparten, a través de este principio de la buena fe, la pretensión de evitar aquellas conductas de los administradores que quepa reputar ilegítimas, el deber de lealtad desarrolla algunas de las conductas o situaciones que se pueden considerar «típicas». Con todo, dentro los márgenes de la autonomía de la voluntad, parece que, en uno y otro caso, nada impide que, por vía estatutaria, y también por medio de las relaciones internas que se establezcan entre el administrador y la sociedad, el régimen de las conductas específicas a las que se someten los administradores frente a la sociedad y los socios pueda encontrar un mayor desarrollo<sup>49</sup>. En el perfil contrario, la especificación legal de las conductas impuestas al administrador impide que los estatutos sociales puedan recortar las exigencias legales en esta sede de deberes de los administradores sociales, que quedan así configurados como un mínimo indisponible que ha de ser respetado en toda relación orgánica entre el administrador y la sociedad.

Todo ello nos lleva, por otra parte, al ámbito subjetivo de los deberes de diligencia y lealtad, que en principio solamente son debidos a la sociedad con quien el administrador mantiene la relación orgánica. Si esto es así, queda vedada la extensión de sus soluciones a los terceros por vía del ejercicio de eventuales acciones individuales de responsabilidad, y restringe la legitimación de los socios a aquellos casos donde quepa apreciar una situación patoló-

<sup>48</sup> Sobre la técnica de «grupos de casos» que sean expresión del deber de lealtad y las situaciones que den lugar a conflictos de interés, así como acerca de los deberes que dimanen de esta situación, ampliamente, RIBAS, V., *El deber de lealtad*, cit., pp. 153 ss., 221 ss., y 419 ss.

<sup>49</sup> Sobre la admisibilidad de que los estatutos puedan introducir complementariamente obligaciones específicas que concreten o desarrollen el deber general de diligencia, ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 198, 1990, pp. 639 ss., p. 656.

gica de la sociedad<sup>50</sup>. De otra parte, el deber de diligencia y el deber de lealtad tienen un distinto ámbito de aplicación y se rigen por criterios diversos. El deber de diligencia, trasladado al ámbito de la responsabilidad, no se puede traducir en una revisión del «juicio de oportunidad» de la decisión, que iría impregnado de un sesgo retrospectivo. La discrecionalidad del administrador en asuntos de gestión impide así la conversión de su responsabilidad personal en una responsabilidad objetiva o por deudas derivadas de las pérdidas que pueda causar a la sociedad o a la valoración de la participación del socio<sup>51</sup>. Como ha sido explicitado al aludir a la protección de la discrecionalidad empresarial, en primer lugar se ha de prestar la debida atención a los criterios que la fundamentan, y no solo a los procedimentales sino también a los sustantivos, como la buena fe, que ha de tener un papel preeminente en la aplicación de esta protección.

Pero una vez reconocido esto, los principios programáticos sobre los que se asienta el deber de diligencia admiten la introducción de elementos moderadores de esta responsabilidad, por culpa o negligencia cualificada, sobre la base de las circunstancias concurrentes, las capacidades técnicas del administrador, la información de la que disponga o la complejidad de la empresa o de la operación de que se trate. De acuerdo con estos criterios, en sede de reproche de la conducta por incumplimientos del deber de diligencia, además de la relación de causalidad entre la conducta y el daño, resulta necesario cualificar la conducta y cuantificar la indemnización resultante. Se ha de diferenciar por ello la distinta graduación del resarcimiento de los daños causados cuando se trate de una mera negligencia, si bien cualificada por la condición de administrador, de la actuación dolosa proveniente del incumplimiento intencionado de obligaciones consustanciales a la relación, en relación con el principio de la buena fe<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Así, para ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 18, 2002, pp. 45-76, pp. 51 ss., el deber de diligente administración se asume «frente a la sociedad», no frente a terceros, en cuanto la protección se dispensa en garantía del patrimonio social, por lo que la imputación objetiva del resultado dañoso se ha de excluir respecto de terceros y de los socios individualmente considerados. Desde otra perspectiva, RIBSTEIN, L. E./ALCES, K. A., «The Business Judgment Rule in good and bad times», *Conference on Fiduciary Duties in the zone of Insolvency*, University of Maryland School of Law, 2005, pp. 1 ss., p. 10, distinguen entre el carácter contractual de los deberes para con los acreedores y el carácter fiduciario de los deberes para con los socios.

<sup>51</sup> Sobre la existencia de un riesgo implícito en la función de gestión empresarial encomendada al administrador, por todos, PAZ-ARES, C., *La responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, p. 77.

<sup>52</sup> Sobre los distintos enfoques del dolo, el fraude o la diligencia grave, a partir de los criterios fijados, con carácter general, por el artículo 1107 C.c., en nuestra obra, *El*

Por otro lado, el artículo 230 LSC establece el carácter imperativo del deber de lealtad, cuya infracción tiene un específico correlato en el plano de la responsabilidad<sup>53</sup>. No cabe entonces calibrar esta facultad moderadora que se reconoce en la aplicación del deber de diligencia, pues si bien la existencia de una situación de conflicto puede no causar un daño a la sociedad, se presentan otras acciones de carácter sancionador para el administrador social. Aunque el carácter imperativo atribuido al deber de lealtad pudiera llevar a pensar que el régimen del deber de diligencia es dispositivo, sin embargo, su carácter de deber «general» parece excluir esta opción. Sí que se ha de admitir, a diferencia del deber de lealtad, que los estatutos sociales puedan introducir ciertas limitaciones a la exigencia de responsabilidad derivada del incumplimiento del deber de diligencia, tales como elevación de la diligencia de común exigible o, *sensu contrario*, la admisión de un cierto nivel de «riesgo de empresa» en la toma de decisiones. Aun con todo, el deber de obrar de buena fe se ha de mantener como elemento de cierre del sistema. De otro modo se podría dar carta de naturaleza a la conducta dolosa u omisiva del administrador, lo cual no puede ser amparado por nuestro Derecho de sociedades, donde además de los intereses particulares de los socios, convergen otros intereses de diversa índole que merecen igual protección<sup>54</sup>.

Contrasta este esquema, sin embargo, con la disponibilidad que predica el nuevo régimen para el deber de lealtad, donde los órganos sociales, atendiendo a principios mayoritarios, pueden exonerar al administrador afectado por una situación de conflicto,

---

*deber de diligente administración*, pp. 1-217, pp. 172-178. Entre la doctrina americana es usual el comentario del caso Disney y de las consideraciones en él vertidas para clarificar la «mala fe» en este ámbito, con diferenciación entre las conductas dolosas que tratan de dañar a la sociedad, la negligencia grave, y la omisión consciente de la conducta debida. Sobre la exclusión de la «negligencia grave» del ámbito de la «mala fe», a la luz de las sentencias anteriores, GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., pp. 420 ss. Con todo, sobre la distinción entre la «mala fe» y la «negligencia grave» para discriminar aquellas conductas que quedan excluidas de la posibilidad de exoneración de la responsabilidad mediante previsión estatutaria, BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival», cit., p. 513, y en *ibidem*, p. 935, y en *Michigan St. L. R.*, 2007, p. 933, alude a una «negligencia ordinaria» como causa de imputación, si bien habría que adecuar la calificación a la negligencia cualificada en consideración al cargo. Se refieren, por el contrario, a una «negligencia grave», STRINE, L. E./HAMERMESH, L. A./BALOTTI, R. F./GORRIS, J. M., «Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law», *Georgetown Law Journal*, vol. 93, 2010, pp. 629-695, p. 696.

<sup>53</sup> De igual modo, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los consejeros», en *El gobierno de las sociedades cotizadas* (coord. Esteban Velasco), Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 537 ss., p. 571, reconoce en la infracción de los deberes de lealtad una mayor aptitud para producir de modo directo un daño. En esta línea, BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival», cit., p. 483, al menos en los casos donde concurra un conflicto de interés.

<sup>54</sup> Con distintas consideraciones en «La configuración estatutaria del deber de diligente administración», *Revista de Derecho de Sociedades (RdS)*, núm. 34, 2010-1, pp. 125-165.

en casos singulares y siguiendo el procedimiento previsto en la Ley, de las conductas que en principio aparecen sancionadas<sup>55</sup>. Esta dispensa, sin embargo, no excluye que previamente el administrador haya de comunicar la situación, su abstención en el ejercicio del derecho de voto, que se extiende al resto de miembros del órgano afectado, y la difusión de esta situación a través de la memoria de las cuentas anuales. En consecuencia, el administrador habrá de actuar de buena fe, comunicando todas aquellas circunstancias que puedan incidir en eventuales infracciones de su deber de lealtad, de modo que no logre la dispensa mediante maniobras torticeras<sup>56</sup>. La flexibilidad del deber de lealtad para tutelar los intereses de la sociedad contrasta con la configuración del deber de diligencia, que exige una conducta en el plano inmediato, y donde, a diferencia de aquél, no tiene lugar un programa de dispensa de su cumplimiento. Ello no obsta, tampoco, para que la junta general pueda aceptar un cierto «nivel de riesgo» en la adopción de decisiones empresariales más allá de los criterios generales de responsabilidad<sup>57</sup>.

Por todo ello conviene, para una correcta configuración de las relaciones sociales, mantener separados los esquemas conceptuales de ambos deberes en consideración a su funcionalidad. En el plano de la infracción de las obligaciones de lealtad, que abarca, entre otras, las distintas conductas a las que se sujeta el administrador en situaciones de conflicto de interés, destaca no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, que es

<sup>55</sup> En este punto, el artículo 144 del Código de Delaware también alude a la «buena fe» de los socios o de los administradores desinteresados que, con sus votos, por mayoría autorizan la transacción. «(a) No contract or transaction between a corporation and 1 or more of its directors or officers, or between a corporation and any other corporation, partnership, association, or other organization in which 1 or more of its directors or officers, are directors or officers, or have a financial interest, shall be void or voidable solely for this reason, or solely because the director or officer is present at or participates in the meeting of the board or committee which authorizes the contract or transaction, or solely because any such director's or officer's votes are counted for such purpose, if: (1) The material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the board of directors or the committee, and the board or committee in good faith authorizes the contract or transaction by the affirmative votes of a majority of the disinterested directors, even though the disinterested directors be less than a quorum; or (2) The material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the stockholders entitled to vote thereon, and the contract or transaction is specifically approved in good faith by vote of the stockholders; or (3) The contract or transaction is fair as to the corporation as of the time it is authorized, approved or ratified, by the board of directors, a committee or the stockholders».

<sup>56</sup> Sobre la necesidad de que el principal se halle suficientemente informado, SITKOFF, R. H., «The Economic Structure of Fiduciary Law», cit., p. 1047.

<sup>57</sup> Admite LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1996, pp. 53-4, que el contenido legal del deber general de diligencia pueda ser modelado posteriormente en su aplicación mediante la autorización de concretas conductas.

igualmente predicable de los incumplimientos del deber de diligencia, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido, junto al resto de «acciones derivadas» que contempla el artículo 232 LSC<sup>58</sup>. Este amplio espectro de medidas sancionadoras y reparadoras de la infracción se completa con una legitimación directa de los socios con una participación «significativa» para entablar una acción social de responsabilidad contra los administradores, sin necesidad de recabar la aprobación de la junta general. No se ha previsto, sin embargo, como en la impugnación de acuerdos sociales y tampoco para la acreditación de los elementos que dan lugar a la protección de la discrecionalidad empresarial, un trámite de previo pronunciamiento, que sea articulado como cuestión incidental, en prevención de ejercicio abusivo de acciones dirigidas a desestabilizar o influir en el correcto funcionamiento del órgano<sup>59</sup>.

Todo ello puede dar lugar, ante la coincidencia de circunstancias en la aplicación del Derecho al caso concreto, a la imbricación de reclamaciones por incumplimientos del deber de diligencia e infracciones del deber de lealtad, en particular a través del recurso a la falta de buena fe en el ejercicio del cargo de administrador<sup>60</sup>. La acumulación indiscriminada de acciones de diversa índole puede, de esta forma, tratar de salvar los escollos que presentan los requisitos de cada uno de los deberes. Como es fácilmente apreciable, diferentes factores inciden sobre la labor de gestión del órgano de administración. En determinados supuestos una conducta autorizada por la junta en relación con el deber de lealtad puede ser reclamada por vía de incumplimiento del deber de diligencia o, *sensu contrario*, la protección de la discrecionalidad empresarial puede llevar a enfocar la cuestión desde la perspectiva del interés social y de las obligaciones dimanantes del deber de lealtad. Con

---

<sup>58</sup> Señala la conveniencia de reforzar el sistema de sanciones obligando al administrador responsable no sólo a reparar el daño causado, sino también a devolver el beneficio que le ha procurado la violación de su deber de lealtad, PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4/2003, *working paper* núm. 162, pp. 1-61, pp. 25-28. En este punto puede verse un resumen de la doctrina del *disgorgement* en SITKOFF, R. H., «The Economic Structure of Fiduciary Law», cit., pp. 1039-1049. Asimismo, sobre su carácter independiente del daño causado y de la indemnización de daños y perjuicios, BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival», cit., p. 492.

<sup>59</sup> El Informe de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo de 14 de octubre de 2013 en su páginas 36-37 ya advertía que la utilización de esta figura podría provocar demandas instrumentalizadas por determinadas minorías para desestabilizar al ente social, por lo que propugnaba la inclusión de un trámite de admisión de la demanda que permitiera al juez rechazar aquellas que entrañasen abuso de derecho.

<sup>60</sup> Así lo aprecian APPLEBY, A. D./MONTAIGNE, M. D., «Three's Company...», cit., pp. 460-1; y BAINBRIDGE, S. M./LÓPEZ, S./OKLAN B., «The Convergence of Good Faith and Oversight», *UCLA Law Review*, vol. 55, 2008, pp. 559-620, p. 585, en relación con la obligación de vigilancia.

todo, conviene mantener separados ambos planos, tanto en consideración a las conductas y omisiones que sirvan de base fáctica de eventuales reclamaciones, en las que la buena fe se presenta de nuevo como una vía sobre la cual acomodar las pretensiones de las partes, como en relación con las diferentes acciones ejercitables por incumplimientos de los deberes inherentes a la condición de administrador.

### 3.2 Supuesto paradigmático: el deber de vigilancia y supervisión

Un supuesto paradigmático de lo anterior entre los comentaristas del *Common law* lo constituye el deber de investigar o de supervisar, por influencia por la admisión auspiciada por el Código de Delaware de la exclusión mediante previsión estatutaria de las indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas de incumplimientos del deber de diligencia. Así las cosas, la alegación de la falta de buena fe ha sido vista como una escapatoria para volver a encauzar la *litis* y permitir la reclamación de la responsabilidad patrimonial de los administradores sociales<sup>61</sup>.

Esta cuestión se desarrolla en una doble vertiente. Una, en el aludido «derecho-deber» de información del administrador respecto del resto de los miembros del órgano en el que participe, donde además pueden haber sido conferidas funciones delegadas; otra, en un plano vertical, respecto de otras estructuras personales que confluyen en la organización, en particular en relación con los directivos. De nuevo, la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014 ha avanzado en este aspecto, al menos para las sociedades cotizadas, mediante la imposición de un núcleo competencial exclusivo del Consejo y de las comisiones de auditoría, así como a través de la evaluación periódica de la eficacia del sistema de gobierno corporativo y la adopción de medidas para solventar, en su caso, sus deficiencias (cfr., artículos 249. bis, y 529 ter y quaterdecies LSC)<sup>62</sup>. El consejo de administración en su conjunto asume la condición, a través de estas funciones indelegables, de «órgano vigilante» de toda la organización social. Se asegura, por otro lado, la responsabilidad al menos externa de sus miembros, aun cuando la ejecución

<sup>61</sup> Por todos, APPLEBY, A. D./MONTAIGNE, M. D., «Three's Company:..», cit., pp. 443 ss.; y GRIFFITH, S. J., «Good Faith Business Judgment: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence», *Duke Law Journal*, vol. 55 (1), 2005, pp. 1-73, pp. 15 ss.

<sup>62</sup> Se incluyen, entre otros aspectos, la responsabilidad de la administración y gestión de la sociedad, la aprobación y vigilancia de la aplicación de sus objetivos estratégicos, su estrategia de riesgo y su gobierno interno, y la garantía de la integridad de los sistemas de información contable y financiera.

material de la gestión pueda encomendarse a otros órganos o delegados<sup>63</sup>.

Sobre estas premisas, algunos sectores de la doctrina norteamericana han expandido del deber de lealtad, desde tradicionales enfoques de las situaciones de conflictos de interés personal del administrador, o en su caso, a través de personas interpuestas o vinculadas, a la tutela activa del interés social, tal y como acoge hoy en día nuestra regulación. Con ello se ha llevado a cabo una absorción de conductas típicamente vinculadas al deber de diligencia, como la relativa a la vigilancia o supervisión, al ámbito del deber de lealtad<sup>64</sup>. Sin embargo, la cuestión dista de ser pacífica y otros comentaristas aluden a conductas que se someten a ambos deberes<sup>65</sup>. Ciertamente la calificación que se dé a esta falta de supervisión incidirá en la legitimación y en el ejercicio de las distintas acciones toda vez que el deber de lealtad goza su propio régimen. Pese a esto, convendría mantener la obligación de vigilancia en el marco del deber de diligencia<sup>66</sup>. Así lo aconseja la oportuna modulación de la responsabilidad, en relación con la confianza de buena fe depositada en terceros, sin perjuicio de una eventual *culpa in eligiendo*, y la ligazón entre el deber de vigilancia y el ejercicio del deber-derecho de información<sup>67</sup>. Pero esta obligación, aun situada en este particular ámbito, se ha de entender, a su vez, ordenada a la conformación de distintas estructuras societarias, con

<sup>63</sup> El Informe Olivencia en su recomendación primera señalaba la necesidad de incorporar un núcleo de competencias indelegables del Consejo y así «Que el Consejo de Administración asuma expresamente como núcleo de su misión la función general de supervisión, ejerza con carácter indelegable las responsabilidades que comporta y establezca un catálogo formas de las materias reservadas a su conocimiento». El informe del grupo especial de trabajo sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas de 19 de mayo de 2006 en su recomendación octava amplió la relación de materias que habrían de componer el núcleo competencial de la función del consejo de administración, e incluyó, con carácter general, la estrategia y la organización de la sociedad y la supervisión y control de la dirección. Esta preocupación sigue latente en el principio noveno del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015 cuando se refiere, de forma expresa, a «la responsabilidad directa (del consejo de administración) sobre la administración social y la supervisión de la dirección de la sociedad». Véase también el artículo 29 la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que encarga al órgano de administración la definición del sistema de gobierno corporativo y la vigilancia de su aplicación.

<sup>64</sup> Sobre esta visión positiva del deber de lealtad, STRINE, L. E./HAMERMESH, L. A./BALOTTI, R. F./GORRIS, J. M., «Loyalty's Core Demand:...», cit., p. 635, a la luz del caso *Stone v. Ritter* [911 A.2d 362 (Del. 2006)].

<sup>65</sup> BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival», cit., p. 491.

<sup>66</sup> Esta postura es compartida con BAINBRIDGE, S. M./LÓPEZ, S./OKLAN B., «The Convergence of Good Faith and Oversight», cit., p. 590; con APPLEBY, A. D./MONTAIGNE, M. D., «Three's Company:...», cit., p. 433; y con BISHOP, C. G., «Directorial Abdication», cit., p. 923.

<sup>67</sup> Así, en el caso *Caremark Int'l Inc. Deriv. Litig.* [698 A.2d 959 (Del. Ch.1996)] el incumplimiento del deber de vigilancia proviene de la falta de buena fe por la ausencia de un sistema de control apropiado, lo cual se traduce en nuestro artículo 226 LSC en el requisito de un «procedimiento de decisión adecuado».

relaciones de delegación y apoderamiento, es decir, en un plano diverso del de la discrecionalidad empresarial<sup>68</sup>.

### III. LA CONFORMACIÓN DE LA BUENA FE ENTRE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

#### 1. LA BUENA FE Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES IMPUESTOS POR LAS LEYES Y LOS ESTATUTOS

La veleidad en la regulación de los deberes de los administradores sociales se muestra con mayor nitidez en la ubicación sistemática dada al cumplimiento de «los deberes impuestos por las leyes y los estatutos». La Ley de Transparencia de 2003 instaló este particular «deber» en el ámbito del entonces creado deber de fidelidad a través de la introducción de un número bis al artículo 127 de la Ley de sociedades de anónimas. Tras el texto refundido de la Ley de sociedades de capital y con la desaparición del deber de fidelidad esta exigencia fue incorporada al deber de lealtad; hoy, tras la reforma para la mejora del gobierno corporativo, finalmente queda ubicada en el marco del denominado deber «general» de diligencia.

Parece que el legislador no ha sabido muy bien en qué sede situar la necesidad, por otra parte, tautológica, de que los administradores, en el ejercicio de sus funciones, deban cumplir con los deberes impuestos por las leyes y los estatutos<sup>69</sup>. Y ello salvo que

---

<sup>68</sup> También la letra e del artículo 141 del Código de Delaware protege esta posición del administrador y distingue entre la falta de un procedimiento de información adecuado y la confianza de buena fe en terceros «(e) A member of the board of directors, or a member of any committee designated by the board of directors, shall, in the performance of such member's duties, be fully protected in relying in good faith upon the records of the corporation and upon such information, opinions, reports or statements presented to the corporation by any of the corporation's officers or employees, or committees of the board of directors, or by any other person as to matters the member reasonably believes are within such other person's professional or expert competence and who has been selected with reasonable care by or on behalf of the corporation». Sin embargo, con buen tino, critica esta posibilidad de exculpación por una «confianza ciega» en los documentos preparados por los ejecutivos y otros administradores, y requiere una conducta proactiva a su entendimiento para cumplir con su deber de diligencia, SALE, H. A., «Good Faith's Procedure and Substance, in re Caremark International Inc., Derivative Litigation», *University of Iowa Legal Studies Research Paper No. 08-20*, 2008, pp. 1-22, p. 20.

<sup>69</sup> Como en su día indicó, desde un punto de vista analítico, FRIEDMAN, M., *Capitalism and Freedom*, 1962, Chicago, p. 124, el interés social se halla limitado por la regulación («the rules of the game»). Lo explicita, sin embargo, a través de un deber general de «obediencia», tanto de normas internas de la sociedad como de otras normas legales e incluso sociales, mediante la asunción de comportamientos de responsabilidad social corporativa, PALMITER, A. R., «Duty of Obedience: The Forgotten Duty», *New York Law School Law Review*, vol. 55, 2010/11, pp. 457-478.

se entienda ahora que el deber de diligencia se ha de limitar a estos aspectos, lo cual sería contradictorio con el desarrollo del contenido del deber impuesto por el artículo 225 LSC. Por otra parte, el carácter «general» atribuido por su rúbrica parece querer ampliar su ámbito de aplicación más allá del cumplimiento de deberes impuestos por las leyes y los estatutos. Con todo, tal aspecto del deber ha de considerarse implícito en la regulación a la luz del régimen de responsabilidad exigible a los administradores sociales. A tal efecto, el artículo 236 LSC sigue separando la responsabilidad por los «actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos» y la proveniente de «los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo»<sup>70</sup>.

Pero es que, es más, aun cuando la incorporación al deber general pueda tener un sentido aclaratorio, se compadece mal con las reglas que rigen el deber de diligencia. Como se ha indicado, el deber de diligencia se ha de enmarcar en la relación entre el administrador y la sociedad y la labor de gestión encomendada, que, en relación con el riesgo que caracteriza la toma de decisiones empresariales, encuentra acomodo entre las obligaciones de medios. Sin embargo, el incumplimiento del concreto deber impuesto por la ley o los estatutos lleva implícito un cierto componente de culpabilidad, y por ello que, siguiendo una consolidada línea jurisprudencial, el actual artículo 236 LSC establezca una presunción *iuris tantum* en tal sentido. La culpa, en estos casos, resulta explicitada por la realización de un acto o de una omisión contraria al régimen legal o estatutario impuesto<sup>71</sup>. Cuando el daño sea debido al incumplimiento de un deber legal o estatutario, la prueba de la culpa se halla implícita en el incumplimiento y la carga de la prueba se invierte por ende a favor del demandante<sup>72</sup>; sin embargo, *stricto sensu*, cuando se trate del incumplimiento de un deber derivado del

---

<sup>70</sup> En este punto, GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., p. 421, en relación con el artículo 102.7(b) del Código de Delaware, en su número séptimo, distingue entre la conducta dolosa que pretende causar un daño a la sociedad o violar la ley, y la conducta realizada con «falta de buena fe», referida a aquellas actuaciones en las que concurra una voluntad de dejación de las funciones asignadas al administrador.

<sup>71</sup> Entre nuestra literatura jurídica, por muchos, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 2005, p. 254; ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros. Acción individual por no promoción de la disolución», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 5, 1995, pp. 47-78, p. 58; ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad», cit., pp. 701-2; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima*, Lex Nova, Valladolid, 1985, p. 209; y DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de capital (Conforme a la Ley 26/2003, de 17 de junio)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 196.

<sup>72</sup> Desde la perspectiva continental, para FLEISCHER, H., «La «Business Judgment Rule» a la luz de la comparación jurídica y de la economía del Derecho», *Revista de derecho mercantil*, núm. 246, 2002, pp. 1727-1754, p. 1748, las normas concretas e imperativas

general deber de administrar con diligencia, además de la protección que en determinados casos dispensa la discrecionalidad empresarial, la prueba de su incumplimiento implicará la acreditación de la culpa<sup>73</sup>. Siendo diversos los criterios de imputación y los fines del deber de diligencia, de carácter modal, y del deber de cumplimiento de las normas y los estatutos, como fuente de obligaciones, no parece oportuno la fundición indiscriminada de ambos elementos<sup>74</sup>.

En principio, el cumplimiento de «los deberes impuestos por las leyes y los estatutos» refrenda el comportamiento exigible a cada conducta recogida por las normas particulares que afectan a la sociedad. Pero, al mismo tiempo, sea como «ordenado empresario», sea como «leal representante», la conducta del administrador trasciende al mercado, por lo que, *lato sensu*, habrá de cumplir tanto las leyes como las obligaciones asumidas en nombre de la sociedad frente a terceros. En tales términos, cualquier actuación personal en sus relaciones con terceros permite el ejercicio de una acción individual de reclamación de su responsabilidad (vgr. *culpa in contrahendo* en los tratos previos, o en la adopción y ejecución del acuerdo)<sup>75</sup>.

Ello nos devuelve, en plano de igualdad, a la realización de aquellos actos que resulten contrarios a la exigencia de la buena fe, tanto en el plano contractual como en el desempeño del cargo conforme a los requerimientos legales y estatutarios, que también extiende a su esfera personal la asunción de responsabilidad. Aun cuando ambos deban quedar convenientemente diferenciados dentro del marco de la eficacia general de las normas jurídicas, de modo que el cumplimiento de las leyes quepa ser reconducido al

---

no permiten al administrador ningún margen de arbitrio, y por ello el modelo de conducta preestablecido sujeta las decisiones de conducta a la revisión judicial.

<sup>73</sup> Encuentran este principio general de la buena fe implícito en los casos en los que la responsabilidad personal de los administradores se extiende frente a los socios y los terceros, ESTEBAN VELASCO, G., «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en *Estudios de derecho judicial*, núm. 24, 1999 Ejemplar dedicado a: La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital (dir. J. Bolás Alfonso), pp. 57-130, p. 106; y MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 293 ss.

<sup>74</sup> Para ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones», cit., p. 58, la regla conforme a la que medir la infracción del deber general de prudencia y diligencia normalmente se determina conforme a la culpa/negligencia como criterio de imputación. Por otra parte, distingue QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil*, cit., pp. 186-187, el deber de diligencia aplicable a la gestión de otras fuentes como la ley, los estatutos, etc., que imponen obligaciones específicas, de contenido determinado, cuyo cumplimiento se agota, normalmente, en la realización o ejecución de lo que en ellas venga exigido.

<sup>75</sup> Sobre estos aspectos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La llamada acción individual», cit., pp. 63 ss.; y MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual de responsabilidad*, cit., pp. 147-8.

marco del error de derecho, a la exclusión voluntaria de la ley aplicable y al fraude de ley, y la buena fe al abuso del derecho o a su ejercicio antisocial, sus diversos perfiles recaen, en esta instancia, en el régimen de deberes de los administradores sociales<sup>76</sup>.

El principio general según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe inspira toda la relación del administrador tanto con la sociedad como con los terceros con los que se relacionen en nombre de ésta (cfr., art. 1258 C.c.). De esta forma, los deberes de los administradores no suponen más que una simple concreción dirigida a refrendar la observancia de este principio general y a fijar las pautas de comportamiento a seguir desde su posición orgánica<sup>77</sup>. Además de precisar las prestaciones debidas por las partes, el cumplimiento de lo exigido expresamente por la ley y los estatutos e, incluso, la relación jurídica entre el administrador y la sociedad, la buena fe permite integrar todo el modelo de conducta requerido en cada momento por la comunidad histórica y la conciencia colectiva de lo que es correcto y honesto en el ejercicio de sus funciones. Se instituye así como paradigma que ha inspirar los deberes de los administradores sociales en el cumplimiento del contrato de administración. Desde este punto de vista, la nueva regulación, tanto en el artículo 226 LSC, como en el artículo 227 LSC, solo explicita el principio general, que si bien en épocas precedentes ha quedado «despositivizado», siempre ha permanecido inmanente e inalterable por su carácter informador de todo el ordenamiento jurídico.

## 2. LA BUENA FE COMO DEBER INDEPENDIENTE

La casuística de las resoluciones de los Tribunales norteamericanos, en particular en el estado de Delaware, ha encontrado en ocasiones dificultades para incardinar la amplia tipología de conductas de los administradores en el marco del deber de diligencia o en del deber de lealtad. Y ante la complejidad de las relaciones que resultan en la sociedad y el reconocimiento de ciertos perjuicios causados tanto a ella como a los socios, la realización del Derecho se ha visto compelida a acudir al deber de actuar de «buena fe». Se ha tratado así de dar carta de naturaleza a la consideración de actuar

---

<sup>76</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2014 (núm. 446), en su Fundamento de Derecho quinto, declara: «debemos ahora poner de relieve que la acción u omisión originadora de responsabilidad no debe suponer siempre una violación de una norma legal concreta, pues basta que se dé el presupuesto que... no se actúe con la diligencia exigible de acuerdo con un ordenado empresario, y conforme a las exigencias de la buena fe».

<sup>77</sup> Cfr., STS de 4 de octubre de 2011 (núm. 662/2011).

según este principio general como un deber independiente que había de ser incorporado a una pretendida triada de deberes de los administradores sociales, con lo que había de pasar entonces a situarse en posición de igualdad con los deberes de diligencia y lealtad (*care and loyalty*)<sup>78</sup>.

Desde la perspectiva del Derecho comparado que inspira la reforma, los *leading cases* del *Common Law* han ido conformado un régimen de la responsabilidad de los administradores basado sobre los pilares de los deberes de diligencia y lealtad<sup>79</sup>. No obstante, las continuas referencias a la «buena fe» han sido utilizadas, en unos casos para superar la barrera de la *business judgment rule*, en otros para autorizar una responsabilidad dineraria por incumplimientos del deber de diligencia, y en otros para expandir el ámbito de aplicación del deber de lealtad. Sea como fuere, la «falta de buena fe» ha sido observada por la doctrina como una «vía de escape» para permitir la exigencia de responsabilidad allá donde no concurren los presupuestos típicos de los deberes de diligencia y lealtad<sup>80</sup>.

En este conjunto de casos se podría incluir, entre otros, la concesión de autorizaciones del deber de lealtad a cambio de la correlativa autorización al administrador concedente cuando éste se encuentre también en conflicto de interés con la sociedad (en un intercambio de favores personales en relaciones circulares dentro del consejo de administración)<sup>81</sup>. En sentido inverso, la decisión del administrador puede obedecer a motivaciones personales deri-

<sup>78</sup> Acerca de la autonomía del deber de buena fe respecto de los deberes de diligencia y lealtad, en particular a partir del caso *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.* (634 A.2d 345 (Del. 1994)), por todos, EISENBERG, M. A., «The Duty of Good Faith in Corporate Law», *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 31 (1), 2005, pp. 1-75, pp. 3 y 74; GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., p. 408; y GRIFFITH, S. J., «Good Faith Business Judgment:...», cit., pp. 4 y 17. Sin embargo, aluden a su mero carácter retórico, ya que una visión amplia del deber de lealtad permitiría integrar todas estas conductas, e incluso el deber de diligencia, STRINE, L. E./HAMERMESH, L. A./BALOTTI, R. F./GORRIS, J. M., «Loyalty's Core Demand:...», cit., pp. 644 y 655; y BISHOP, G. B., «A Good Faith Revival», cit., pp. 938-9. En contra, sin embargo, de este criterio, BRUNER, C. M., «Good Faith in Revlon-Land», *New York Law School Law Review*, vol. 55, 2010/11, pp. 581-591, p. 684.

<sup>79</sup> Al respecto, entre otros, los casos *White v. Panic* [783 A.2d 543 (Del. 2001)], *Levco Alternative Fund v. Reader's Digest Association* [803 A.2d 428 (Del. 2002)], *the Walt Disney Company Derivative Litigation* [825 A.2d 275 (Del. Ch. May 2003)], y *Unsecured Creditors of Integrated Health Services, Inc. v. Elkins* [Del. Ch. LEXIS 122 (Del. Ch. Aug. 24, 2004)].

<sup>80</sup> EISENBERG, M. A., «The Duty of Good Faith in Corporate Law», cit., pp. 5-6 y 75, advierte que el recurso a la buena fe permite articular nuevas conductas que recaen dentro del ámbito de las obligaciones fiduciarias de los administradores y que quedan al margen de los deberes de diligencia y lealtad, entre las que ubica, de una parte, las diferentes obligaciones que resultan de la función administrativa y, en el otro, todo un elenco de nuevas obligaciones fiduciarias que resultan de los cambios sociales.

<sup>81</sup> Destaca EISENBERG, M. A., «The Duty of Good Faith in Corporate Law», cit., p. 75, aquellas operaciones realizadas por administradores «desinteresados», que son, a su

vadas de sus particulares relaciones de enemistad o enfrentamiento con otros administradores o socios, que lleven a adoptar posturas contrarias a la buena fe, con mayor riesgo en las sociedades donde existan unas vinculaciones familiares o de confianza<sup>82</sup>. También en el caso de otras relaciones a través de conglomerados de empresas o grupos de sociedades, que se han de regir por sus propias reglas. Piénsese asimismo en sistemas orquestados para cohonestar la fijación de retribuciones, las decisiones en batallas por el control en el ámbito de las adquisiciones y fusiones, las prácticas sobre acciones (*greenmail* y *squeeze-outs*) o respecto de modificaciones del capital social, entre otras, que han sido tratadas de atajar, mediante distintos mecanismos, con la renovación de nuestro Derecho de sociedades<sup>83</sup>.

### 3. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO INTEGRADOR DE LA CONDUCTA EXIGIBLE

#### 3.1 La buena fe en el ámbito de los principios generales

La amplia expresión del artículo 227.1 LSC referida a que los administradores deben desempeñar su cargo con la lealtad de «*un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*» se articula, de lo general a lo particular, mediante la relación de las «obligaciones básicas» contenidas en el artículo 229. Éstas, a su vez, como manifestaciones fundamentales de este deber, no agotan toda su casuística, ni siquiera mediante la descripción de aquellas situaciones que dan lugar a eventuales conflictos de interés. Pero aun cuando no haya adquirido tal desarrollo normativo, también el deber general de diligencia encuentra algunas de sus manifestaciones, en un plano inferior, en los deberes de

---

vez, amigos o colegas de otros administradores «interesados» y que votan a favor de acuerdos que afectan a estos últimos.

<sup>82</sup> En este contexto, BRANSON D. M., «The Rule that isn't a Rule: Business Judgment Rule», *Valparaiso University Law Review*, 2002, pp. 631 ss., pp. 642-3, incluye situaciones que atiendan a motivaciones personales como venganzas, rencores, envidias u otros conflictos entre administradores que puedan influir en la decisión.

<sup>83</sup> Algunas de estas prácticas son apuntadas por PAZ-ARES, C., *Responsabilidad de los administradores*, cit., p. 78. Ya antes GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, cit., p. 296, aludía a aquellas «obligaciones concretas no especificadas», algunas de las cuales han sido luego asumidas por la regulación, como la actividad de los gestores, el cuidado de secretos, la comunicación de hechos de interés social, la abstención de apropiación de ventajas de clientes o proveedores, o la precipitación de la quiebra de la sociedad al ejercitar un derecho propio. Desde la perspectiva de la influencia del socio sobre el órgano de administración, véase en nuestra obra, *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. (control societario y los abusos de mayoría, de minoría y de igualdad)*, Bosch, Barcelona, 2013, pp. 138 ss.

dedicación o de información. Unos y otros sirven para alumbrar el comportamiento exigible de los administradores en su función orgánica, pero los distintos comportamientos en los que se pueden concretar tales conceptos de carácter indeterminado impiden la confección de una lista cerrada<sup>84</sup>. Es más, las conductas en las que se pueden manifestar pueden dar lugar a una imbricación de los deberes afectados, que habrán de recibir oportuno tratamiento desde sus diversos perfiles<sup>85</sup>.

Ante este problema de tipificación, no siempre sencillo de resolver, la buena fe puede intervenir con un carácter integrador de la conducta exigible al administrador social. Partiendo de una formulación que va de lo abstracto a lo particular, con carácter general, la buena fe constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico y exige el rechazo de todas aquellas actitudes que no se ajusten a los parámetros de la honradez y de la justicia. En su perfil positivo, a su vez, identifica aquel modelo de conducta que socialmente es considerado honesto y adecuado, conforme a unas reglas y valores que la conciencia social impone al tráfico jurídico<sup>86</sup>.

Trasladado al marco de las relaciones contractuales, el principio de la buena fe exige una actuación acorde con la corrección en el trato y la consideración de los intereses de la otra parte. En este

<sup>84</sup> Por todos, EMBID IRUJO, J. M., «Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas», *Cuadernos de derecho y comercio (CDC)*, núm. 46, 2006, pp. 11-16.

<sup>85</sup> Igualmente, BISHOP, C. G., «Directorial Abdication», cit., pp. 922-3; y APPLEBY, A. D./MONTAIGNE, M. D., «Three's Company...», cit., pp. 452-4, en relación con los casos Disney y Stone. Aluden al caso de la «venta del control» y la reacción de los administradores, STRINE, L. E./HAMERMESH, L. A./BALOTTI, R. F./GORRIS, J. M., «Loyalty's Core Demand...», cit., p. 638, y BRUNER, C. M., «Good Faith in Revlon-Land», cit., vol. 55, 2010/11, p. 582, y antes en «Good Faith, State of Mind, and the Outer Boundaries of Director Liability in Corporate Law», *Wake Forest Law Review*, vol. 41, 2006, pp. 1131-1189, donde, a partir de la funcionalidad de estos deberes para reducir los «costes de agencia», diferencia entre la calidad de las decisiones, controlada por el deber de diligencia, y la calidad de las intenciones, por el de lealtad.

<sup>86</sup> Cfr., SSTS de 22 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7234) y de 26 de octubre de 1995 (RJ 1995, 8349). También el artículo 2 de la Propuesta del año 2011 de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (Bruselas, 11.10.2011 COM (2011) 635) define la buena fe contractual como «una norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión». Véase también la Regla I.-1:103 del borrador del Marco Común de Referencia, que entiende contrario a la buena fe y a la corrección en el trato que una parte actúe de forma contraria a sus declaraciones anteriores o lleve a cabo la conducta cuando la otra parte razonablemente haya confiado en aquéllas, y vaya en su detrimento; y la regla III.-1:103, que extiende estos deberes a la ejecución de la obligación, al ejercicio de un derecho para su cumplimiento, al ejercicio de eventuales acciones y al ejercicio de un derecho que permita la suspensión de la obligación o de la relación contractual. También los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCRF)*, Sellier, 2009, p. 89, advierten la necesidad de diferenciar esta corrección en el trato de la buena fe subjetiva.

contexto, el intérprete ha de atender tanto a las declaraciones anteriores de la parte como a lo que la otra quepa legítimamente esperar. En cualquier caso, la consagración de la buena fe, como módulo rector, se extiende desde la fase de la formación de la voluntad contractual hasta su completa ejecución, y tanto en el ejercicio de los derechos como en el de la interposición de eventuales acciones, en atención a las circunstancias del supuesto en el que se plantee su aplicación. De este modo, el principio general de la buena fe comprende todo el curso de la relación negocial proyectada en su conjunto. Para ello, el régimen aplicable se ha integrar con el propósito común de las partes, como causa eficiente o concreta del objetivo buscado conforme al interés consustancial de la relación<sup>87</sup>.

Desde la perspectiva general del Derecho de obligaciones y contratos, el deber de actuar de buena fe asume una mayor relevancia cuando se trate de relaciones de colaboración entre las partes, en particular en contratos complejos o en los que resulte un «contenido abierto» o incompleto. Este principio general, como «norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión», permite colmar aquellos aspectos de la relación que no resulten explicitados por vía convencional o regulados, de forma imperativa o dispositiva, por el régimen legal de la figura de que se trate. De otra parte, el actual movimiento de revisión de la materia contractual acude también, como manifestación del principio anterior, a las llamadas «cláusulas contractuales implícitas». Respecto de aquellas materias carentes de plasmación convencional, las «cláusulas contractuales implícitas» prestan particular atención a la naturaleza y al objeto del contrato, así como a las circunstancias en las que éste se celebre. A partir de tales consideraciones y salvo previsión expresa de su omisión, en la medida de lo posible, permitirán que tengan lugar los efectos que las partes habrían probablemente acordado de haber regulado la materia<sup>88</sup>.

Esta realidad tampoco es ajena a aquellas modalidades contractuales que sirven de base primigenia para la configuración de la relación del administrador en las sociedades de capital. En primer lugar, en relación con el contrato mercantil de comisión, el artículo 541-4.4 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil acude a la prudencia, a los usos aplicables, a las exigencias de la buena fe, y a la actuación del comisionista como si se tratara de un negocio propio. Estos criterios también son acogidos en el artículo 9 de la Ley

<sup>87</sup> Cfr., STS de 1 de marzo de 2001 (EDJ 2001/1319).

<sup>88</sup> Sobre las «cláusulas contractuales implícitas», en sede de interpretación de los contratos, cfr., art. 57 de la Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea.

12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia, que regula las específicas obligaciones del agente. En él también se predica una expresión genérica del deber de «actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe» a la que siguen unas obligaciones básicas. Entre ellas, unas obligaciones de comunicación, incluso de solvencia, y otras de ejercicio de la actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia, en la línea de las obligaciones impuestas en el deber de lealtad a los administradores sociales<sup>89</sup>.

### 3.2 La objetivación de la buena fe en el Derecho mercantil y su trasposición al Derecho de sociedades

Tal como ha sido expuesto para la fundamentación de las decisiones empresariales en el marco de la protección de la discrecionalidad de la que gozan los administradores, el principio de «razón suficiente» o de «condición razonable» viene a completar los criterios que sustentan el comportamiento debido en el plano contractual. Para ello se habrá de estar a lo que pueda esperarse en una situación concreta, teniendo en cuenta, de modo objetivo, la naturaleza y el propósito del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las actividades comerciales o profesionales en el sector correspondiente<sup>90</sup>.

Llegados a este punto y en relación con los «usos mercantiles», el llamado Derecho del mercado tiene un cierto influjo en las relaciones que nacen o que trascienden a este ámbito. Así se advierte en la regulación de la competencia desleal cuando la cláusula general del artículo 4 declara que «en las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado»<sup>91</sup>. La deslealtad del comporta-

<sup>89</sup> Para una aproximación a la figura, desde las relaciones de fiducia a los contratos de mandato y de comisión mercantil, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad*, cit., pp. 92 ss. y 237 ss.

<sup>90</sup> Artículo 5 de los principios generales de aplicación de la Propuesta de Reglamento en relación con la Regla I.-1:104 del borrador del Marco Común de Referencia y la determinación objetiva de las conductas debidas de las partes. En todo caso, la distinción entre la «condición razonable» y el principio de buena fe puede verse en los *Principles, Definitions and Model Rules*, p. 91.

<sup>91</sup> SMITH, D. G., «The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty», *Vanderbilt Law Review*, vol. 55, 2002, pp. 1399-1497, pp. 1410-1, vincula en mayor medida el deber de lealtad a situaciones de conflicto de interés, mientras que el incumplimiento del deber de

miento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe encuentra vigencia, asimismo, para la integración de los contratos con los consumidores y usuarios y en las omisiones de información precontractual relevante (*vid.*, art. 65 del Real Decreto Legislativo 1/2007)<sup>92</sup>.

La objetivación de las relaciones empresariales, a través de distintos campos normativos, junto a los usos mercantiles, como fuente supletoria, admiten que, *lato sensu*, cualquier comportamiento de los administradores que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe haya de dar lugar a la consiguiente responsabilidad<sup>93</sup>. Ello se ha de comparar con una responsabilidad por negligencia o con una infracción del deber de lealtad, y puede fundarse en el dolo por el incumplimiento intencionado de obligaciones consustanciales derivadas de la relación negocial, que a su vez pueden tener conexión con el ilícito civil y con el alcance informador del principio de la buena fe. Por esta vía se pueden encontrar criterios que permitan el resarcimiento integral de los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, que pueden afectar a aspectos diversos del deber de lealtad y a las específicas acciones que resultan de su infracción. Por lo tanto, la reparación integral del daño causado ha de comprender también, en estos casos, el denominado lucro cesante, como expresión o extensión lógica de la ganancia frustrada o dejada de obtener que derive de la propia razón económica de la relación negocial<sup>94</sup>.

A partir de la relación jurídica con la sociedad, el administrador en concreto habrá de actuar en el ejercicio del cargo en atención a la buena fe, a los usos y prácticas generalmente admitidos y a la

---

diligencia entraña no tanto un beneficio propio o de una persona vinculada al administrador, sino a un tercero a expensas de la sociedad. Desde otro perfil, FONT GALÁN, J. I., «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 25, 2005, pp. 71-107, p. 90, distingue entre una «fidelidad proactiva» relacionada con el deber de diligencia, y una «fidelidad propositiva o inhibitoria» vinculada al deber de lealtad.

<sup>92</sup> Real Decreto Legislativo de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Así lo reconoce también el artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal cuando sanciona el carácter «concurrential» del acto cuando, «por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero».

<sup>93</sup> EISENBERG, M. A., «The Duty of Good Faith in Corporate Law», cit., p. 5, junto a la honestidad subjetiva, añade otros factores objetivos como la no violación de los estándares de decencia generalmente aceptados y aplicables a los negocios, la no violación de las normas sociales generalmente aceptadas y la fidelidad. Por otra parte, GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., p. 427, advierte que los Tribunales de Delaware acuden a criterios objetivos de conducta para superar interpretaciones subjetivas de la intención perseguida.

<sup>94</sup> *Vide* STS de 14 de enero de 2014 (núm. 49/2014).

ley, según las consecuencias y los efectos que resulten de la naturaleza de la relación (cfr., art. 1258 C.c. y 57 Cdeco.). Esta realidad es expresamente admitida en nuestra sociedad civil, donde la «mala fe» constituye un límite insoslayable a la facultad del socio nombrado administrador en el contrato social «para ejercer todos los actos administrativos» (cfr., art. 1692 C.c.). En consecuencia, en su traslación a las sociedades mercantiles, el principio general de la buena fe, sobre criterios objetivos de comportamiento, ha de ser oportunamente adaptado a la posición jurídica del administrador, en relación con su deber de lealtad, y a la naturaleza de su cargo y a las funciones asumidas, en relación con el de diligencia<sup>95</sup>.

Ciertamente ambos deberes son asumidos por la condición de administrador frente a la sociedad, lo cual hace que el poder atribuido imponga que el administrador haya de ejercitar sus facultades según tales exigencias (cfr., artículo 7 C.c.). No obstante, el comportamiento debido conforme a los cánones de la buena fe trasciende a los terceros y a los acreedores. El recurso a la buena fe objetiva, más allá de la buena fe contractual que le une a la sociedad, sirve igualmente para explicar la responsabilidad que asume el administrador en sus relaciones con el mercado y la afectación de otros intereses. Consecuentemente, la falta de esta buena fe en los comportamientos que afecten a las reglas del mercado, cuando cause perjuicios a la sociedad o a otros terceros con intereses legítimos, deja expedita la vía a la correspondiente reparación<sup>96</sup>.

#### 4. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO DEL MERCADO. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Pese a los avances introducidos en el Derecho contractual y en el Derecho del mercado en la formulación de normas que contemplan el deber de buena fe, nuestro sistema de sociedades, sin embargo, no lo ha acogido como un deber autónomo, ni siquiera a través de un deber de fidelidad como hiciera la Ley de Transparencia de 2003. Al contrario, la reforma para la mejora del gobierno corporativo ha optado por incorporarlo de forma dispersa mediante la protección de la discrecionalidad empresarial, en el deber de

<sup>95</sup> En esta línea, LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores*, cit., p. 41, conecta el deber fiduciario del administrador con la obligación de perseguir el fin social, y ésta, a su vez, con el principio general de la buena fe.

<sup>96</sup> Sobre la funcionalidad del deber de buena fe para evitar eventuales abusos de los administradores, BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival», cit., p. 483.

diligencia, y entre los criterios rectores del deber de lealtad, en la configuración de la condición de administrador<sup>97</sup>.

Pues bien, aun si se descartara la condición autónoma del llamado en otras épocas como deber de fidelidad, como parece conveniente, y aun cuando las implicaciones sobre los deberes de diligencia y lealtad sean distintas por la función que tienen asignadas en el cuadro de deberes de los administradores sociales, no se puede soslayar la relevancia de este principio general. Su carácter informador de todo el sistema jurídico y su carácter integrador desde las relaciones contractuales a la conducta del operador económico en el mercado, y más concretamente del administrador en las sociedades de capital, así lo exige (*vid.* arts. 1258 C.c. y 57 CCo. y art. 4 LCD).

Por ello, en la línea de ordenar estas relaciones desde lo general a lo particular, la técnica empleada por la regulación de la competencia desleal puede ser una referencia válida sobre la cual construir el régimen de deberes de los administradores sociales. Como se ha apuntado, no parece conveniente, en este ámbito de relaciones complejas y contratos incompletos, limitar el concepto paramétrico de la buena fe al ámbito del deber de lealtad. Ni aunque fuera entendida en un sentido amplio de los vínculos inmanentes entre el administrador y la sociedad, la buena fe no puede quedar encorsetada en la relación inter partes. Los conceptos abstractos o indeterminados de la buena fe, la corrección y la cooperación, en relación con la fidelidad reclamable de las partes gozan de un espacio de aplicación más amplio que el deber de lealtad, y se extienden, incluso, a las relaciones que el administrador mantenga con terceros<sup>98</sup>.

Además, el deber de buena fe trasciende de la relación jurídica que vincula al administrador con la sociedad para incluir otras exigencias derivadas de la práctica empresarial, del cumplimiento de las conductas leales del mercado y de fidelidad hacia otros miembros de la organización<sup>99</sup>. De esta forma, el administrador ha de cumplir con los comportamientos éticos que prestigien la imagen y reputación de la sociedad en el mercado<sup>100</sup>. En consecuencia, el deber de fidelidad, entroncado a la buena fe como principio inte-

<sup>97</sup> En este sentido, EISENBERG, M. A., «The Duty of Good Faith in Corporate Law», cit., p. 5.

<sup>98</sup> Acerca de la labor integradora del principio de buena fe, en la edición anotada de los *Principles, Definitions and Model Rules*, p. 677. Sobre su aplicación a los deberes de los administradores sociales, ante los límites de los deberes de lealtad y de diligencia, por muchos, BRUNER, C. M., «Good Faith, State of Mind», cit., pp. 1131-1189.

<sup>99</sup> Igualmente, GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., pp. 398-474, reconoce la posibilidad de deducir los deberes de los administradores a través del principio general de la buena fe.

<sup>100</sup> ASIMISMO, SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses*, cit., p. 315-6.

grador de todo el comportamiento del administrador, ha de servir para colmar el contenido de su estatuto jurídico<sup>101</sup>.

Reconocida su relevancia como norma general y al paso como cláusula de cierre del sistema, siguiendo la misma técnica que la empleada para la relación de conductas desleales, el reconocimiento explícito y separado de la buena fe serviría como última barrera para reprimir todas aquellas conductas ilegítimas de los administradores que no hallen acomodo en los parámetros típicos de la diligencia o la lealtad, o que se muestren solapados por sus normas rectoras<sup>102</sup>. Con toda seguridad el desarrollo de la regulación de los deberes de diligencia y lealtad, tras la reforma para la mejora de gobierno corporativo, en particular respecto de las restricciones a la dispensa del deber de lealtad a través de los requerimientos de «inocuidad», de «realización en condiciones de mercado» y de «transparencia del proceso», servirá para reducir la necesidad de acudir al tópico de la buena fe (cfr., art. 230.2 párr. 3.º). Pero aun entendiendo que las conductas que contempla la normativa no tienen carácter casuístico, la evolución de la realidad económica supera los márgenes dentro de los cuales se mueve la regulación. Así se ha podido apreciar en las ocasiones en las que los jueces han tenido que acudir a la cláusula general de la buena fe «concurrential» para dar cabida a aquellos actos que entrañan competencia desleal. Otro tanto cabe considerar respecto de aquellos que puedan realizar los administradores en contravención de los parámetros de lo que se deba considerar correcto y honesto en el ejercicio de sus funciones<sup>103</sup>.

#### IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

En la arquitectura de deberes generales de los administradores sociales cabría plantearse deslindar la exigencia de actuar de buena

---

<sup>101</sup> Los Principios de gobierno corporativo de la OCDE también exigen que el consejo haya de aplicar los más elevados estándares éticos, tomando en consideración los intereses de los grupos afectados por sus decisiones («The board should apply high ethical standards. It should take into account the interests of stakeholders»).

<sup>102</sup> Asimismo, el artículo 102.b.(7)(ii) del Código de Delaware recoge el presupuesto de la buena fe como frontera en la formulación de una pretendida limitación estatutaria a la responsabilidad de los administradores. En este sentido, GRIFFITH, S. J., «Good Faith Business Judgment:...», cit., p. 13. La distinguen de la conducta en violación de la ley, que también se incluye en el mismo apartado, STRINE, L. E./HAMERMESH, L. A./BALOTTI, R. F./GORRIS, J. M., «Loyalty's Core Demand:...», cit., p. 660.

<sup>103</sup> Véase, en este punto, la recomendación vigesimosegunda del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015 acerca de las reglas de información en caso de imputación y procesamiento penal de los consejeros, así como del deber de dimisión del cargo cuando afecte al crédito y reputación de la sociedad.

fe, o como tradicionalmente se recogía en los textos rituales, «sin engaño», del contenido de los deberes de diligencia y lealtad, para ubicarla en una cláusula general de fidelidad. En ella podrían tener presencia, en plano de igualdad, una vez demostrada la insuficiencia de los «deberes inherentes al desempeño del cargo» para su acogimiento y en línea con lo sostenido en el régimen de responsabilidad, los deberes impuestos por las leyes y los estatutos sociales. Asentado sobre estos criterios generales el basamento del régimen de deberes, el sistema podría quedar soportado sobre las cariátides de la diligencia y lealtad, que encontrarían su arquitrabe en los conceptos remisorios a su posición respecto de la sociedad. En el friso de este soportal se dibujarían las conductas más o menos concretas que, a modo explicativo, desarrollen los deberes anteriores, sin que ello suponga un sistema cerrado o típico, y que a su vez elevaría al tímpano la amplia policromía de acciones derivadas de eventuales incumplimientos. Por último, mediante la cornisa del régimen de responsabilidad, con cobertura «a dos aguas», según se trate del incumplimiento de uno u otro deber inherente a la condición de administrador o de la infracción de la cláusula general de fidelidad o de una prescripción legal, se culminaría todo este constructo<sup>104</sup>.

Con todo esto se podría dar cumplida respuesta a algunas orientaciones que provienen de los Código de buen gobierno. Ya en su día el Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2006 contemplaba el deber del consejo de velar «asimismo para que en sus relaciones con los grupos de interés (*stakeholders*) la empresa respete las leyes y reglamentos; cumpla de buena fe sus obligaciones y contratos; respete los usos y buenas prácticas de los sectores y territorios donde ejerza su actividad; y observe aquellos principios adicionales de responsabilidad social que hubiera aceptado voluntariamente». El nuevo Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015 vuelve a incidir en estos criterios en su recomendación decimosegunda, donde alude a que el consejo de administración «además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así

---

<sup>104</sup> En general, para EISENBERG, M. A., «The Duty of Good Faith in Corporate Law», cit., p. 6, la buena fe permite articular nuevas conductas que recaen dentro del ámbito de las obligaciones fiduciarias de los administradores y que quedan al margen de los deberes de diligencia y lealtad.

como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente».

En ambos se aprecia una preocupación, más allá de la referencia a las relaciones con los grupos de interés (*stakeholders*) y a los principios ligados a de responsabilidad social, tanto por el respeto de las leyes y reglamentos como por un comportamiento basado en la buena fe. Esta buena fe se ha de plasmar, por ende, en la ética en los negocios y en el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, tanto en sus relaciones contractuales como en relación con el mercado donde la sociedad desarrolle su actividad. En suma, ambos elementos, tratados entre las preocupaciones de los Códigos de buen gobierno, convendría que tuvieran un reflejo sistemático adecuado en el marco de los deberes asignados a los administradores de las sociedades de capital. Con ello, además, este esquema de deberes, en la línea de otros contratos mercantiles, mantendría una coherencia ontológica respecto a otros ámbitos de la regulación del mercado<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> No está de más recordar aquí la inscripción latina del Salón de la Contratación de la Lonja de los Mercaderes de Valencia, que reza: «Probad y ved cuan bueno es el comercio que no usa fraude en la palabra, que jura al prójimo y no falta, que no da su dinero con usura. El mercader que vive de este modo rebosará de riquezas y gozará, por último, de la vida eterna».

## Una Propuesta de Código Civil

La Asociación de Profesores de Derecho Civil viene trabajando desde hace más de dos años en la elaboración de una Propuesta de Código Civil, concretamente desde abril de 2014, momento en el que la Asamblea de la Asociación adoptó el acuerdo correspondiente. Dicho acuerdo se basaba en la valoración de que ha llegado el momento de proceder a la sustitución de nuestro Código Civil, de finales del siglo XIX, por un nuevo Código Civil del siglo XXI. Dicho acuerdo supone considerar que la Asociación tiene legitimación y capacidad para acometer y llevar a cabo semejante proyecto. Hay que tener en cuenta que la Asociación está integrada por más de trescientos profesores de Derecho civil de las universidades públicas de nuestro país, catedráticos, profesores titulares y doctores contratados de la disciplina. Cabe pues afirmar que en la Asociación se encuentra representada, tanto cuantitativa como cualitativamente, la doctrina académica de nuestro país en materia de Derecho civil.

Desde ese momento se constituyeron grupos integrados mayoritariamente, aunque no sólo, por miembros de la Asociación, que han venido trabajando intensamente en la elaboración de dicha Propuesta de Código, primero en los Libros de la misma dedicados a las obligaciones y contratos (Libro Quinto), y a la prescripción y caducidad (Libro Sexto); posteriormente en el Título Preliminar y en los restantes cuatro Libros. Tal es la estructura del Código objeto de la Propuesta: un Título Preliminar y seis Libros dedicados, por este orden, a las personas (Libro I), a la familia (Libro II), a los bienes, la propiedad y los demás derechos reales (Libro III), a los

modos de adquirir (Libro IV), a las obligaciones y contratos (Libro V), a la prescripción y a la caducidad (Libro VI).

Desde un principio se tuvo el propósito de llevar a cabo la obra con rapidez, de manera que la misma pudiera ultimarse en un breve período de tiempo. Y así ha sido. Éste es el momento en que contamos ya con un texto consolidado de los Libros V y VI y con un primer borrador del resto de la Propuesta. El texto de los Libros V y VI se debatió en unas Jornadas celebradas en el Campus de Cuenca de la Universidad de Castilla-La Mancha, en octubre de 2015, previa redacción en los meses anteriores de tres borradores sucesivos. Resultado del mencionado debate ha sido la redacción de un texto consolidado de los mencionados Libros, difundido en mayo de 2016 a través de la página web de la Asociación, así como mediante distribución de los ejemplares de una edición en papel.

Recientemente, a finales del mes de octubre y comienzos de este mes de noviembre de 2016, se ha ultimado una redacción, primer borrador, del Título Preliminar y de los Libros I a IV, que también se ha difundido a través de la página web de la Asociación, accesible en abierto a cualquier persona interesada. Está prevista la difusión de un segundo borrador a finales del mes de diciembre o comienzos del mes de enero, y un tercer borrador para marzo de 2017, que se difundirá por el mismo cauce que los anteriores, esto es, a través de la página web de la Asociación. Ese tercer borrador será objeto de debate en unas Jornadas que están programadas para celebrarse del 18 al 20 de mayo de 2017 en el Campus de Aranjuez de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Lo que permite programar la redacción de un texto consolidado completo de toda la Propuesta de Código, de la que también se editarán ejemplares en papel, para octubre de 2017.

Ha sido propósito de la Asociación tener debidamente informadas tanto al Ministerio de Justicia, como a los principales órganos del Estado y colegios profesionales relacionados con el Derecho y la Justicia. Y así se viene procediendo.

A la hora de legislar, y muy específicamente a la hora de codificar, es importante encontrar el equilibrio adecuado entre la ambición y la prudencia. Lo que quiere decir que la ambición codificadora debe limitarse a incluir en el Código aquello para lo que en cada momento existe la capacidad suficiente. Es importante fijar retos que sea posible superar, dejando aquéllos cuya consecución requiera una capacidad y un esfuerzo fuera de alcance, de manera que los mismos no impidan alcanzar la meta perseguida. Este planteamiento ha estado siempre presente, inspirando a todos cuantos han trabajado en la redacción de esta Propuesta de Código Civil.

Creemos que es un planteamiento acertado y que también se ha acertado en su aplicación.

En la redacción de la Propuesta ha predominado un criterio conservador, sin perjuicio de introducir aquellas modificaciones, tanto de forma como de fondo, que puedan recibir un consenso generalizado. No se aspira a un Código Civil de cambio sino a un Código Civil de actualización y consolidación, además de respetuoso con las competencias legislativas derivadas de nuestra Constitución en materia de Derecho civil. De ahí la conservación del Título Preliminar, así como la estructura básica del vigente Código Civil, aunque sin renunciar a una mejor ordenación de algunas materias, y procurando la integración en el Código de otras que en su momento quedaron excluidas del mismo por diversas razones no debidamente justificables en la actualidad.

Se ha optado por conservar el Título Preliminar del Código vigente, limitando las modificaciones que se introducen a la regulación del Derecho Internacional privado y a las normas de conflicto sobre los diversos derechos civiles vigentes en España. Se mantienen pues los actuales artículos 1 a 7, es decir, la regulación de las fuentes del Derecho, de la aplicación y de la eficacia general de las normas jurídicas.

Por lo que se refiere a las normas de Derecho Internacional privado, contenidas en el Capítulo IV, se mantiene la referencia a la ley de la nacionalidad como estatuto de las personas físicas.

Se ha introducido en dicho Capítulo la determinación de las normas de conflicto aplicables a la nulidad, separación y divorcio de los matrimonios, por entender éste lugar sistemáticamente más adecuado que el que correspondería a la regulación sustantiva de dichos supuestos en el Libro II, de familia. También por razones de sistemática se ha considerado oportuno recoger aquí las normas de conflicto en materia de contratos de consumo, trasladando a este Capítulo del Título Preliminar el contenido del actual artículo 67 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Por otra parte, hay que destacar la incorporación de los Reglamentos de la Unión Europea que determinan la ley aplicable a las obligaciones contractuales y a las obligaciones no contractuales, respectivamente. Se trata de los Reglamentos (CE) núm. 593/2008 y (CE) núm. 864/2007, ambos del Parlamento Europeo y del Consejo. No obstante, se introduce una regla especial para recurrir a la ley de la residencia habitual de la víctima en los supuestos de vulneración del derecho al honor.

Se completa el actual artículo 12.5, añadiendo una última frase al mismo, según la cual, en defecto de normas del propio Estado extranjero con diferentes sistemas legislativos que determinen la ley aplicable, se aplicará la ley territorial designada directamente por la norma de conflicto española.

La ley personal correspondiente a las personas jurídicas pasa a ser aquélla conforme a la que se hayan constituido.

Finalmente, se suprime el actual artículo 12.6 por considerarlo innecesario.

Se suprime también el artículo 13, por considerarlo innecesario, habida cuenta del artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de nuestra Constitución. Se traslada el contenido del actual artículo 16.1 y 3 a un nuevo Capítulo V, siguiente al dedicado a las normas de Derecho Internacional privado, dedicado a las normas de conflicto sobre la aplicación de los diversos derechos civiles existentes en España, al tiempo que se completa dicho contenido del artículo 16 del Código vigente -del que previamente se suprime por innecesaria la regulación de los conflictos derivados del derecho de viudedad aragonés- con las actuales previsiones del artículo 9.8, segunda parte, con respecto al testamento y a los pactos sucesorios, y con respecto a la sucesión legal del cónyuge superviviente, cuya continuada vigencia es compatible con el Reglamento (UE) núm. 650/2012 -que, como antes se ha dicho, ha pasado a determinar la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte-, de acuerdo con el artículo 38 del mismo, que permite a los Estados miembros con diversidad territorial legislativa aplicar sus propias normas a los conflictos que deriven exclusivamente de esa diversidad.

Se mantiene íntegramente la regulación de los actuales artículos 14 y 15 sobre la determinación de la vecindad civil, prescindiendo únicamente del contenido del artículo 14.1, que, recogido también en el actual artículo 16.1.1.<sup>a</sup>, ha pasado a encabezar el nuevo Capítulo ya mencionado, dedicado a las normas de conflicto sobre los derechos civiles coexistentes en España. Dicha regulación sobre la determinación de la vecindad civil se integra en un nuevo Capítulo VI del Título Preliminar que previsiblemente pasará a formar parte del Libro I, a continuación del Título dedicado en el mismo a la nacionalidad.

El Libro I comprende en este primer borrador doce Títulos dedicados respectivamente a la nacionalidad (Título I), al nacimiento y extinción de la personalidad (Título II), al domicilio (Título III), a los derechos inherentes a las personas (Título IV), a la mayor y a la menor edad (Título V), a las medidas de protección de la persona (Título VI), a la tutela y guarda de las entidades

públicas y al acogimiento (Título VII), a la ausencia y a la declaración de fallecimiento (Título VIII), a las personas jurídicas (Título IX), a las asociaciones (Título X), a las fundaciones (Título XI), a la representación voluntaria (Título XII).

Esta enumeración de Títulos permite apreciar diferencias muy significativas con respecto al Libro I del Código vigente, también dedicado a las personas. Lo más llamativo de las mismas deriva de las nuevas materias que se incorporan: los derechos inherentes a las personas, que constituye un nuevo Título IV, integrado por dos Capítulos dedicados respectivamente a los derechos de la personalidad y a los derechos corporales, la introducción de tres Títulos dedicados a las personas jurídicas en general, a las asociaciones y a las fundaciones, a los que se traslada, actualizada y desarrollada, la regulación sustantiva de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del derecho de asociación, y de la Ley 50/2002, de fundaciones. Un último Título dedicado a la representación voluntaria viene a subsanar la manifiesta carencia del Código vigente con respecto a este negocio jurídico.

Merecen especial consideración los Títulos dedicados a la mayor y a la menor edad, a la tutela y guarda de la entidad pública y al acogimiento, y a la ausencia y a la declaración de fallecimiento. En todos ellos se han introducido actualizaciones y precisiones acordes con las necesidades y sensibilidades actualmente vigentes en nuestra sociedad en relación con tales materias.

Estrechamente relacionadas con ellas son las medidas de protección de la persona con facultades mentales o intelectuales, físicas o psíquicas, disminuidas, basadas en respetar escrupulosamente los principios de necesidad, subsidiariedad, proporcionalidad y autonomía personal (Título VI). Se regulan minuciosamente las diversas instituciones de apoyo que pueden valer en cada caso, según las circunstancias, para una mejor protección de la persona dentro del mayor respeto a su autonomía y dignidad: la curatela (Capítulo V), la tutela (Capítulo VI), la asistencia (Capítulo VII), los poderes preventivos (Capítulo VIII), el defensor judicial (Capítulo IX) y la guarda de hecho (Capítulo X).

Referencia obligada en la mencionada regulación ha sido su adaptación a las normas internacionales de protección y salvaguarda de las personas vulnerables: el Convenio de Nueva York de Protección de las Personas con Discapacidad de 2006, las Observaciones del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y las Recomendaciones del Consejo de Europa.

El Libro II, dedicado a la familia, comprende seis Títulos: el matrimonio (Título I), la filiación (Título II), el parentesco (Títu-

lo III), los alimentos entre parientes (Título IV), las relaciones paterno-filiales (Título V), el régimen económico matrimonial (Título VI). Se reagrupan así en un Libro materias que aparecen injustificadamente dispersas en el Código vigente, concretamente en sus Libros I, III y IV, consiguiendo así una mejor ordenación sistemática de las mismas.

Ha presidido la redacción del articulado de este Libro la máxima prudencia. Lo que quiere decir que se ha procurado recoger una regulación que responda fielmente al estado de las diversas cuestiones, teniendo en cuenta los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales consolidados, pero rehuyendo conscientemente de modificaciones que pudieran ser cuestionadas por razones constitucionales o pudieran desentonar con la sensibilidad social actualmente dominante.

Puede servir para ilustrar lo dicho la regulación de los efectos de la nulidad, de la separación, y del divorcio en el matrimonio, o la regulación de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, en la que se incorpora al Código la parte sustantiva de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y, finalmente, la conservación en lo esencial del régimen económico matrimonial vigente, y muy especialmente, la continuidad del régimen de gananciales como supletorio de primer grado, sin que ello suponga renuncia a modificaciones aclaratorias o de mejora técnica, así como algunos cambios concretos que pretendan soluciones más justas.

El Libro III, dedicado a los bienes, a la propiedad y a los demás derechos reales, comprende trece Títulos dedicados a los bienes (Título I), a la posesión (Título II), al derecho de propiedad (Título III), a la comunidad de bienes (Título IV), al derecho de usufructo (Título V), a los derechos de uso y habitación (Título VI), a los derechos de aprovechamiento parcial (Título VII), al derecho de superficie (Título VIII), al derecho de vuelo (Título IX), al derecho de servidumbre (Título X), a los derechos de adquisición (Título X), a los derechos reales de garantía (Título XII), a los registros de la propiedad y de bienes muebles (Título XIII).

La enumeración de estos Títulos permite en este caso apreciar como novedad la regulación de diversos derechos reales ausentes del Libro II del Código vigente, en la mayor parte de los casos por tratarse de derechos nacidos o consolidados mucho después de la aprobación y entrada en vigor de aquél, concretamente ya bien avanzado el siglo XX. Tal es el caso de los derechos de aprovechamiento parcial, el derecho de superficie, el derecho de vuelo. A lo que cabe añadir una amplia regulación de los derechos de adquisi-

ción de carácter real, tanto los de origen legal (regulados en el Libro IV del Código vigente, junto con la compraventa) como los de constitución voluntaria.

La regulación de la propiedad, cuyo concepto se relaciona estrechamente con su función social, de acuerdo con su reconocimiento constitucional, recibe una mayor atención a la que actualmente le reconoce el Código vigente. Son cuatro los Capítulos dedicados a la misma: disposiciones generales, extinción, límites, acciones de protección y propiedades especiales, en las que destaca la propiedad de las aguas.

Resulta evidente, en cambio, la renuncia a una regulación, por reducida que sea, de los censos, figura jurídica en desuso, cuya función ha desaparecido, y que puede contemplarse como un obstáculo a la libre circulación de los bienes en el mercado inmobiliario.

El Libro IV, de los modos de adquirir la propiedad, comprende una Disposición Preliminar, sobre los diferentes modos de adquirir la propiedad y los demás derechos reales, y seis Títulos: la tradición (Título I), la ocupación (Título II), la accesión (Título III), la usucapión (Título IV), la donación (Título V), las sucesiones (Título VI). Presenta pues la novedad de haber incluido en esta parte la tradición, desgajándola de la regulación de la compraventa, como ocurre en el Código vigente, la accesión, separada del Libro dedicado a los derechos reales, como también ocurre en el Código vigente, y finalmente, la usucapión, desgajándola de la regulación conjunta de la misma, con la prescripción, como también ocurre dentro del Libro IV del Código vigente.

El Título VI de este Libro, dedicado a las sucesiones es lógicamente el más extenso, integrado por ocho Capítulos: disposiciones generales (Capítulo I), sucesión testamentaria (Capítulo II), pactos sucesorios (Capítulo III), fiduciaria sucesoria (Capítulo IV), institución de heredero y de mandas y legados (Capítulo V), sucesión legal (Capítulo VI), legítimas y otros límites a la libertad de disposición (Capítulo VII), adquisición de la herencia (Capítulo VIII). Merece especial atención este Título, ya que, a pesar del propósito conservador que inspira la redacción de la Propuesta en todas sus partes, al que ya nos hemos referido, es quizá en él donde se aprecian cambios de mayor calado, además del cuidado que, aquí también, se ha puesto en mejorar el tratamiento sistemático de la materia y en subsanar algunas lagunas.

Para dichos cambios y mejoras técnicas se ha tenido en cuenta las soluciones ofrecidas por los derechos civiles forales o especiales, habida cuenta de que todos ellos han procedido a una actuali-

zación importante de la materia basada en los principios constitucionales, aprovechando la competencia legislativa reconocida al respecto por la propia Constitución.

Cabe mencionar la inclusión de pactos sucesorios y del testamento mancomunado, además de una nueva formulación algo más estricta de la fiducia sucesoria, encaminada a reforzar la posición familiar del supérstite. También se ha aprovechado para regular directamente la invalidez de los testamentos, subsanando así la carencia de la que adolece al respecto el Código vigente.

También merece mención como novedad la anteposición del llamamiento en la sucesión legal al cónyuge viudo por delante de los ascendientes, sin perjuicio de la legítima que puede corresponder a estos últimos. Igualmente constituye novedad la supresión de la reserva troncal.

Por lo que a las legítimas se refiere se opta por una ampliación de la libertad de disposición del causante. Lo que implica una reducción cuantitativa de las legítimas, cuya extensión varía además en función de que exista un único o varios legitimarios. Se mantiene no obstante la legítima en usufructo del cónyuge viudo, con una pequeña reducción. Lo que se complementa con un límite temporal de veinte años en orden al cómputo de las liberalidades entre vivos. La valoración de lo donado se establece con referencia al momento de haberse producido la liberalidad y no al de fallecimiento del causante.

Se introduce una regulación expresa de la herencia yacente, de la posición de los acreedores hereditarios sobre los bienes relictos y de la comunidad hereditaria.

Se mantiene el sistema de colación por imputación de valor aunque el momento temporal elegido para la valoración de las donaciones –como ya se ha dicho– es el momento en el que las mismas hayan tenido lugar.

El Libro V, De las obligaciones y contratos, comprende diecinueve Títulos dedicados a Las obligaciones en general (Título I), Los contratos en general (Título II), La compraventa, las compraventas especiales y las permutas (Título III a V), El arrendamiento de cosas (Título VI), El comodato (Título VII), Los contratos de servicios (Título VIII), El contrato de mandato (Título IX), Los contratos de distribución (Título X), La sociedad (Título XI), Los contratos de financiación (Título XII), El arrendamiento financiero (Título XIII), El depósito (Título XIV), Los contratos aleatorios (Título XV), La transacción (Título XVI), La fianza (Título XVII), Las obligaciones derivadas de actos lícitos no contractuales, es decir, los cuasicontratos en terminología del Código vigente (Títu-

lo XVIII), y, finalmente, La responsabilidad civil extracontractual (Título XIX).

Es en este Libro donde se han aprovechado como antecedentes de carácter nacional la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (PMCC), publicada en 2009, la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (PCM), publicada en 2015, así como el Anteproyecto de Ley derivado de ésta última. Se han aprovechado también, como antecedentes de carácter europeo, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), el Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference –DCFR*) y el Proyecto Gandolfi o de Pavía sobre un Código Europeo de Contratos.

Como se deduce del contenido de los Libros anteriores al que nos hemos referido, desaparecen de este Libro la regulación de la tradición, del retracto convencional y legal, del régimen económico matrimonial, de las garantías reales y de la usucapión, materias que han pasado a ser tratadas –reiteramos que ya se ha visto– en los Libros dedicados a la familia (Libro II), a los bienes, la propiedad y los derechos reales (Libro III), y a los modos de adquirir (Libro IV). También desaparecen la regulación de la prescripción, que se ha trasladado al Libro siguiente (Libro VI), y la regulación de los censos, de la que se ha prescindido totalmente.

Para la redacción de este Libro V se parte de que la división entre obligaciones y contratos civiles y obligaciones y contratos mercantiles ha dejado de tener sentido desde el momento en que la especialidad de la legislación mercantil en dicha materia ha desaparecido y, consecuentemente, carece de justificación. La distinción no es más que una fuente permanente de confusión. La regulación de las obligaciones y de los contratos es sustancialmente unitaria, y así debe tratarse en aras de la claridad, es decir, de la seguridad jurídica. Tratamiento unitario que no impide que en determinados puntos concretos pueda existir alguna modulación de la norma según nos encontremos ante una actividad profesional o una actividad no profesional. Dicho tratamiento unitario tampoco es obstáculo para integrar en este Libro la protección que en obligaciones y contratos corresponde en el mercado a los consumidores frente a los profesionales que les suministran bienes y servicios.

Superada esa división, el Libro V pretende abarcar todas las relaciones jurídico-privadas en la regulación de sus respectivas materias, incluida la responsabilidad extracontractual.

Desaparece pues –valga como ejemplo– la distinción entre compraventa civil y compraventa mercantil, entre mandato y comisión, entre arrendamientos o contratos de servicios civiles y mercantiles. Se regulan además contratos que se celebran necesariamente entre profesionales, como son los contratos de distribución y el arrendamiento financiero. El Libro V comprende pues todo tipo de contratos privados, incluidos los de consumo como se acaba de indicar. Ya no es necesario optar por una hipotética naturaleza civil o mercantil de los contratos mixtos.

Especial desarrollo es el que alcanza la regulación de los contratos de servicios. Baste con señalar que el Título VIII, dedicado a los mismos, comprende seis Capítulos, en los que se regulan, además de las disposiciones generales y comunes para todo este tipo de contratos, los contratos de obra, tanto inmobiliaria, como mobiliaria, como intelectual o industrial (Capítulo III), los contratos de servicios turísticos, tanto los de alojamiento como los de viajes combinados y de servicios de viajes vinculados (Capítulo IV), los contratos de consultoría y asesoramiento (Capítulo V), los contratos de servicios médicos (Capítulo VI), los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas, incluidas la comunicación audiovisual y las prestaciones de servicios de intermediación de la sociedad de la información (Capítulo VII), los contratos de mediación (Capítulo VIII).

Sólo han quedado excluidos aquellos contratos que disfrutaban ya de una regulación unitaria en leyes especiales, como es el caso de los arrendamientos urbanos, del contrato de seguro, de los contratos publicitarios, de los contratos de transporte. Lo que no quiere decir que no pueda ser deseable su futura integración en el Código Civil.

Por lo que a la responsabilidad civil extracontractual se refiere es propósito también de los redactores del Título correspondiente (XIX) dentro de este Libro V establecer una regulación unitaria, incluyendo el contenido sustantivo actual de algunas de las diversas leyes especiales que se ocupan de la materia. Lo que significa que, de acuerdo con el creciente desarrollo de la misma, el articulado de este Título tenga una extensión manifiestamente superior al que en la actualidad ocupa en los artículos 1902 y siguientes del Código vigente.

Se ha considerado conveniente introducir un Libro VI dedicado únicamente a la regulación de la prescripción y de la caducidad. Se trata de un Libro de extensión mucho más limitada que la de los demás Libros, cuya justificación deriva de la transversalidad que dichas figuras jurídicas tienen con respecto a todo el resto de la

Propuesta. Comprende dos Títulos dedicados a la prescripción y a la caducidad, respectivamente. Son dos materias necesitadas de actualización la primera, y de una regulación general la segunda, inexistente en el Código vigente.

Como ya se ha indicado, se ha separado la regulación de la prescripción de la correspondiente a la usucapión, que se ha trasladado al Libro IV, junto con los demás modos de adquirir. Importa destacar la reducción y simplificación de los plazos de prescripción y la introducción de la figura de la suspensión como complemento de la interrupción en la prescripción.

El Título de la caducidad no hace sino recoger, sistematizar y aclarar esta materia de acuerdo con los criterios consolidados en la jurisprudencia y en la doctrina.

Junta Directiva de la Asociación  
de Profesores de Derecho Civil:

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,  
María de los Ángeles PARRA LUCÁN,  
María Nélica TUR FAÚNDEZ,  
José Ramón GARCÍA VICENTE,  
María del Pilar ÁLVAREZ OLALLA



Nuevos Retos Jurídicos de la Sociedad Digital:  
Propiedad, contratos, datos y registros  
electrónicos, Valencia, 1 y 2 de diciembre  
de 2016, dirs. Luz María Martínez Velencoso/  
Javier Plaza Penadés

Los días 1 y 2 de diciembre de 2016 tuvieron lugar en la Universitat de València las Jornadas «Nuevos Retos Jurídicos de la Sociedad Digital: Propiedad, contratos, datos y registros electrónicos», organizadas por los profesores del Departamento de Derecho Civil Javier Plaza Penadés y Luz M. Martínez Velencoso en el marco de los Proyectos de I+D+I «Derecho civil valenciano y europeo» Programa Prometeo para Grupos de Investigación de Excelencia de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, (GVPROMETEOII2015-014) y «Nuevos retos jurídicos de la sociedad digital: propiedad, contratos, datos y registros electrónicos (DER2013-42526-R).

Las Jornadas fueron estructuradas en tres paneles, uno primero sobre Propiedad y Registros electrónicos el día 1 de diciembre por la tarde y dos el día 2 de diciembre por la mañana, el primero sobre Datos y el segundo sobre Contratos.

La primera comunicación dentro del panel «Propiedad y Registros electrónicos» fue presentada por D. Jacobo Fenech Ramos, Registrador de la Propiedad, con el título «Utilización de medios electrónicos para la definición de los inmuebles. El impacto de la Ley 13/2015». El contenido de esta comunicación versó sobre la Ley 13/2015 que desarrolla propuestas provenientes de la Comisión CORA, de reforma de las Administraciones Públicas, con el objetivo de evitar duplicidades administrativas y mejorar la coordinación entre distintas instituciones públicas, principalmente en

este caso el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario, instituciones diversas, pero que toman como referencia la realidad inmobiliaria. Como consecuencia, la coordinación de la información existente en ambas instituciones resulta indispensable para una mejor identificación de los inmuebles. En cuanto al ámbito de aplicación de la ley, se hizo referencia a aquellos supuestos en los que hay que presentar en el Registro de la Propiedad una representación gráfica georreferenciada. Asimismo, se destacaron las ventajas que presenta la ley, como un importante avance en seguridad jurídica, dada la certeza en la descripción de la finca. En este sentido, conforme al artículo 10.5 Ley, se extienden los efectos fe a los datos físicos de la finca. Por último, se plantearon algunas cuestiones prácticas, como el tratamiento de los problemas de exceso de cabida.

A continuación, dentro de este mismo panel, intervino Doña Margarita Aranda Mínguez, Registradora de la Propiedad, con una ponencia titulada «Registro de la Propiedad y protección de datos: publicidad formal». En esta interesante comunicación se trató la cuestión acerca de cómo afecta la normativa de protección de datos a la publicidad formal. Puesto que en efecto, el Registro de la Propiedad es una institución que está sujeta a la normativa sobre protección de datos. En este sentido, se realizó un profundo análisis de la normativa pertinente y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Seguidamente Doña M.<sup>a</sup> Carmen Luque Jiménez, Profesora Contratada Doctora, Universidad de Málaga, intervino con la ponencia «Hacia un nuevo Registro Civil electrónico». En ella, después de hacer referencia a los antecedentes legislativos de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la ponente habló de los problemas citados en la aplicación de la norma que han retrasado varias veces su entrada en vigor, así como los nuevos retos y perspectivas de futuro en la aplicación de la misma.

Por último, la profesora Luz M. Martínez Velencoso, Acreditada CU, Universidad de Valencia, presentó su comunicación titulada «La inscripción electrónica del nacimiento en la nueva Ley del Registro Civil)». De acuerdo con lo expuesto en esta ponencia, en España asistimos a una nueva regulación de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, que comienza a operar con medios telemáticos. Como novedad se prevé la posibilidad de que la declaración formulada por los progenitores en documento oficial y el parte facultativo sean remitidos electrónicamente por el centro sanitario a la Oficina del Registro Civil que corresponda. No obstante, hay que tener presente que en la inscripción de nacimiento

debe hacerse constar la filiación del nacido, cuestión compleja que habrá de ser determinada por el personal encargado de la llevanza del Registro Civil. En materia de filiación, el Derecho se enfrenta a nuevos retos que tienen que ver por un lado, con el avance de la ciencia en relación con el empleo de las denominadas técnicas de reproducción asistida y por el otro, con el cambio de la realidad social, que da lugar a la aparición de nuevos modelos de familia.

Al finalizar la intervención, se abrió un turno de preguntas muy interesante, en el que se debatió sobre diversas cuestiones, como el impacto del Reglamento europeo de Protección de Datos en el Registro de la Propiedad.

Al día siguiente, dieron comienzo las intervenciones incluidas dentro del segundo panel dedicado al tema «Datos».

La primera comunicación fue presentada por el profesor Javier Plaza Penadés, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, con el título «La nueva regulación europea de la protección de datos». En ella se hizo un interesante análisis del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, sobre su contenido e impacto.

A continuación la profesora de la Universidad de Valencia María Elena Cobas Cobiella intervino con su comunicación «El Derecho al olvido en Internet». Desde la perspectiva civilista se apuntó que se trata de un derecho de carácter civil, vinculado con la persona, con su honor. Dado el carácter de derecho de la personalidad, cabe la posibilidad de colisión con otros derechos, por lo tanto, resultan de aplicación las reglas que resuelven casos de colisión de derechos de la personalidad. Se analizó la última jurisprudencia que se ha ocupado del tema, desde la STJUE 13 mayo 2014, hasta la STS 15 de octubre de 2015 así como la STS 5 de abril de 2016. Finaliza la ponencia con referencias al Reglamento europeo de Protección de Datos.

Seguidamente D.<sup>a</sup> Marina Sancho, Becaria de Investigación, Universidad de Valencia presentó su comunicación titulada «Nuevas amenazas para la protección de datos en el contexto del Big data». La ponente resalta la importancia de la protección de datos y el peligro que representan las nuevas tecnologías, ya que estamos ante una invasión masiva de la privacidad en la era digital. No siempre hay una respuesta legislativa a estos retos porque el Derecho va un paso detrás de la ciencia. En esta nueva era digital los usuarios somos conceptuados como productos, y la privacidad es un negocio. Facebook se ha convertido en un software masivo de

datos. Se puede observar una creciente mercantilización de Internet, que se encuentra en manos de unas pocas empresas que se rigen por las reglas del libre comercio.

Terminado este panel, después de un interesante debate en el turno de palabras se dio comienzo al segundo titulado «Contratos». La primera comunicación fue presentada por la profesora Ana Sofia Gomes, de la Universidad Lusíada de Lisboa con el título «La compraventa *on-line* de bienes de consumo en Europa». En ella se hizo un interesante análisis de las dos propuestas de Directiva. Previamente se habló de la Propuesta de Reglamento sobre Compraventa Europea (CESL) que sufrió numerosas vicisitudes. Ambas propuestas de Directiva son de armonización plena. Su fundamentación competencial es la misma que CESL, básicamente el artículo 114 del Tratado de funcionamiento de la UE, con el objeto de mejorar el funcionamiento del mercado interior. En cuanto al ámbito de aplicación personal, las propuestas son de aplicación a relaciones de consumo entre empresas y consumidores (quedan excluidas las relaciones B to C). En cuanto a las conclusiones, la ponente habló de que la necesidad de una armonización total no ha sido demostrada, puesto que en el mercado interior de los EEUU no hay ninguna armonización normativa, y sin embargo, hay un volumen importante de negocio.

Seguidamente la profesora Francisca Ramón Fernández, de la Universidad politécnica de Valencia se ocupó del tema de la mediación electrónica. En ella se hizo referencia a cuestiones tales como si el procedimiento simplificado de mediación del artículo 24 Ley 5/2012 es realmente mediación o más bien una negociación asistida o automatizada. Asimismo hay cuestiones importantes como la firma digital o el modo de determinar la cuantía que quedan sin resolver en la normativa aplicable. Se hizo una exposición detallada del funcionamiento y aplicación de la mediación electrónica, fruto del impacto de las nuevas tecnologías en las técnicas de ADR.

A continuación, la profesora titular de la Universidad de Valencia Raquel Guillén Catalán, presentó su comunicación con el título «El criterio de conservación de actos y negocios jurídicos en la contratación electrónica». Los contratos concluidos a través de Internet son auténticos contratos a los que se aplican las normas de la contratación ordinaria, además de las específicas y, como no, las normas de protección de los consumidores. En su opinión, el principio *favor contractus* se debe aplicar en toda su extensión a la contratación electrónica. En consecuencia, se analizó la doctrina jurisprudencial, que desde la STS 15 enero 2013 fija este principio

como un canon interpretativo. Doctrina reflejada en otras sentencias posteriores como la STS 16 enero 2013, o la STS 6 marzo 2013. Se hizo asimismo un análisis crítico de la valoración de la integración del contrato que ha suscitado bastante discusión desde la reforma del artículo 83 Texto Refundido Consumidores. En este sentido, la STS 11 marzo 2014, establece que la integración del contrato es siempre posible en un contexto interpretativo global.

Posteriormente la profesora Adela Serra Rodríguez, Acreditada CU, Universidad de Valencia, presentó la ponencia titulada «Contratación electrónica y derecho a la información». En ella la profesora advirtió, como se había dicho en otras ponencias anteriores, que la realidad va muy por delante del legislador. En este sentido, el legislador comunitario es consciente de que se acerca una revolución digital. Internet ha supuesto para todos nosotros una manera distinta de satisfacer nuestras necesidades. Se está extendiendo el concepto de «prosumidor», se trata de un consumidor que crea contenidos. Se hizo referencia en la ponencia a la «Estrategia para el Mercado único digital 2020». Finalmente la ponente abordó el tema principal de su comunicación como son los deberes de información con respecto a los consumidores, haciendo referencia a su marco normativo.

Después Jakub Szczerbowski, de la Universidad SWPS de Varsovia presentó en español su comunicación «Influencia de la criptomoneda en el Derecho contractual». La criptomoneda (bitcoin) apareció por primera vez en enero de 2009. Se trata de un concepto basado en la criptografía. Su creador fue conocido con el pseudónimo Satoshi Nakamoto. No es un sistema cerrado, se puede acceder al mismo previa descarga del software. El proceso llamado de «extracción» permite al usuario crear monedas. Para los usuarios que hacen transacciones el sistema resulta bastante simple, pero es muy difícil de controlar por parte del Estado. En una transacción con «bitcoin» no hay un tercer intermediario, el comprador y el vendedor interactúan directamente (*peer to peer*), pero sus identidades están encriptadas y no se transmite información personal de una a la otra. Este modo de contratación genera problemas de protección de los consumidores y de los inversores. Es difícil encajar el concepto de «bitcoin» en el ámbito del Derecho Civil. En Polonia se ha visto como un problema de Derecho fiscal. Hay jurisprudencia al respecto en tribunales de lo contencioso administrativo, que sostiene que se trata de un de un derecho, porque tiene un componente patrimonial. En opinión del ponente, el «bitcoin» combina elementos de la letra de cambio.

Cerró la sesión la profesora M.<sup>a</sup> José Reyes López, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, con la ponencia «La protección del consumidor en las ventas a distancia por Internet». El modo de vida de la sociedad actual, caracterizado por la falta de tiempo y la utilización de recursos electrónicos como remedio más cómodo y sencillo que los tradicionales, ha contribuido a que hoy en día la realización de contratos por internet, no sólo se haya generalizado, sino que se encuentre en una fase de expansión que los hace merecedores de una especial atención, tanto por el montante que supone la venta de productos por internet; por la supresión de barreras para los mercados, como finalmente por la necesidad de ofrecer una protección adecuada al consumidor que realice dichas transacciones, habida cuenta de la proliferación de páginas web que cada entidad ofrece al público para la suscripción del contrato, así como por concurrir en dicha contratación varias regulaciones, que obliga a armonizar el contenido de todas aquellas, acreditadas en su mayor parte por tratarse de normas específicas de protección al consumidor. En esta ponencia se hace referencia a estas normas específicas para la protección del consumidor, especialmente en las propuestas de directivas sobre mercado digital, sobre todo en punto a los supuestos de falta de conformidad de los bienes con el contrato, haciendo referencia al elenco de remedios disponibles para el consumidor.

Después de un intenso debate en el turno de preguntas se procedió a la clausura de las Jornadas por parte de sus organizadores, el Profesor Javier Plaza Penadés y la Profesora Luz M. Martínez Velencoso.

La mayor parte de las comunicaciones van a ser publicadas en breve en una monografía titulada como las propias Jornadas «Nuevos Retos Jurídicos de la Sociedad Digital: Propiedad, contratos, datos y registros electrónicos», en la colección «Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías», n.º 15, 2017.

Raquel GUILLÉN CATALÁN  
Profesora Titular  
Universidad de Valencia

# CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

**MARTA OTERO CRESPO**

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil  
Departamento de Dereito Común  
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. *Legislación*. A) Normativa vigente: Banca y Mercados. Derecho de la Competencia. Derecho de Familia. Marcas, Dibujos y Modelos. Protección de Datos Personales. Responsabilidad Civil y Seguros. B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos: Banca y Mercados. Derecho de Consumo. Derecho de la Competencia. Derecho de Sociedades. Propiedad Intelectual e Industrial. Protección de Datos Personales. Responsabilidad Civil y Seguros.–II. *Procedimientos Jurisdiccionales*: Competencia Judicial Internacional. Cooperación Judicial. Derecho de Consumo. Derecho de la Competencia. Derecho de Familia. Derecho de Sociedades. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual e Industrial. Protección de Datos Personales. Responsabilidad Civil y Seguros.

## I. LEGISLACIÓN

### A) NORMATIVA VIGENTE

#### BANCA Y MERCADOS

1. **Reglamento Delegado (UE) 2016/438 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2015, que complementa la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo con respecto a las obligaciones de los depositarios, DOUE, L, núm. 78, de 24 de marzo de 2016.**
2. **Reglamento (UE) 2016/445 del Banco Central Europeo, de 14 de marzo de 2016, sobre el ejercicio de las opciones y facultades que ofrece el derecho de la Unión (BCE/2016/4), DOUE, L, núm. 78, de 24 de marzo de 2016.**
3. **Decisión (UE) 2016/702 del Banco Central Europeo, de 18 de abril de 2016, por la que se modifica la Decisión (UE) 2015/774 sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (BCE/2016/8), DOUE, L, núm. 121, de 11 de mayo de 2016.**

4. Reglamento Delegado (UE) 2016/822 de la Comisión, de 21 de abril de 2016, por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) n.º 153/2013 en lo que respecta a los horizontes temporales a efectos del período de liquidación a considerar para las diferentes categorías de instrumentos financieros, *DOUE*, L, núm. 137, de 26 de mayo de 2016.
5. Reglamento de Ejecución (UE) 2016/824 de la Comisión, de 25 de mayo de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta al contenido y el formato de la descripción del funcionamiento de los sistemas multilaterales de negociación, los sistemas organizados de contratación y la notificación a la Autoridad Europea de Valores y Mercados, de conformidad con la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los mercados de instrumentos financieros, *DOUE*, L, núm. 137, de 26 de mayo de 2016.
6. Reglamento Delegado (UE) 2016/860 de la Comisión, de 4 de febrero de 2016, por el que se determinan las circunstancias en las que es necesaria la exclusión de la aplicación de las competencias de amortización o de conversión en virtud del artículo 44, apartado 3, de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, *DOUE*, L, núm. 144, de 1 de junio de 2016.
7. Decisión (UE) 2016/868 del Banco Central Europeo, de 18 de mayo de 2016, por la que se modifica la Decisión BCE/2014/6 sobre la organización de medidas preparatorias para la recopilación de datos granulares de crédito por el Sistema Europeo de Bancos Centrales (BCE/2016/14), *DOUE*, L, núm. 144, de 1 de junio de 2016.
8. Reglamento de Ejecución (UE) 2016/892 de la Comisión, de 7 de junio de 2016, relativo a la prórroga de los períodos transitorios relacionados con los requisitos de fondos propios por las exposiciones frente a entidades de contrapartida central indicadas en el Reglamento (UE) n.º 575/2013 y el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, *DOUE*, L, núm. 151, de 8 de junio de 2016.
9. Reglamento Delegado (UE) 2016/908 de la Comisión, de 26 de febrero de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de normas técnicas de regulación sobre los criterios, el procedimiento y los requisitos para establecer una práctica de mercado aceptada, así como los requisitos para mantenerla, derogarla o modificar las condiciones para su aceptación, *DOUE*, L, núm. 153, de 10 de junio de 2016.
10. Reglamento de Ejecución (UE) 2016/911 de la Comisión, de 9 de junio de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a la forma y el contenido de la descripción

de los acuerdos de ayuda financiera de grupo de conformidad con la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, *DOUE*, L, núm. 153, de 10 de junio de 2016.

11. **Corrección de errores del Reglamento de Ejecución (UE) 2016/428 de la Comisión, de 23 de marzo de 2016, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 680/2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, en lo que respecta a la información sobre la ratio de apalancamiento (DO L 83 de 31.3.2016), DOUE, L, núm. 155, de 14 de junio de 2016.**
12. **Reglamento Delegado (UE) 2016/957 de la Comisión, de 9 de marzo de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación aplicables a los mecanismos, sistemas y procedimientos apropiados, así como a las plantillas de notificación, que deben utilizarse para prevenir, detectar y notificar prácticas abusivas u órdenes u operaciones sospechosas, DOUE, L, núm. 160, de 17 de junio de 2016.**
13. **Reglamento Delegado (UE) 2016/958 de la Comisión, de 9 de marzo de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a las medidas técnicas aplicables a la presentación objetiva de las recomendaciones de inversión o información de otro tipo en las que se recomienda o sugiera una estrategia de inversión y a la comunicación de intereses particulares o indicaciones de conflictos de intereses, DOUE, L, núm. 160, de 17 de junio de 2016.**
14. **Reglamento de Ejecución (UE) 2016/959 de la Comisión, de 17 de mayo de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con las prospecciones de mercado en lo que respecta a los sistemas y las plantillas de notificación que deberán utilizar los participantes del mercado que comunican información y al formato de los registros de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, L, núm. 160, de 17 de junio de 2016.**
15. **Reglamento Delegado (UE) 2016/960 de la Comisión, de 17 de mayo de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación aplicables a las disposiciones, los sistemas y los procedimientos adecuados de realización de prospecciones de mercado por parte de los participantes del mercado que comunican información, DOUE, L, núm. 160, de 17 de junio de 2016.**

16. Reglamento de Ejecución (UE) 2016/962 de la Comisión, de 16 de junio de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los modelos, plantillas y definiciones uniformes para la determinación y la comunicación de información por parte de las autoridades competentes y las autoridades de resolución a la Autoridad Bancaria Europea, de conformidad con la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, *DOUE*, L, núm. 160, de 17 de junio de 2016.
17. Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión, y por el que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE y el Reglamento (UE) n.º 596/2014, *DOUE*, L, núm. 171, de 29 de junio de 2016.
18. Reglamento (UE) 2016/1013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 184/2005 relativo a las estadísticas comunitarias sobre balanza de pagos, comercio internacional de servicios e inversiones extranjeras directas, *DOUE*, L, núm. 171, de 29 de junio de 2016.
19. Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1055 de la Comisión, de 29 de junio de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con las modalidades técnicas de la difusión pública adecuada de información privilegiada y del retraso de la difusión pública de información privilegiada de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, *DOUE*, L, núm. 173, de 30 de junio de 2016.
20. Reglamento (UE) 2016/1033 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de junio de 2016, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 600/2014 relativo a los mercados de instrumentos financieros, el Reglamento (UE) n.º 596/2014 sobre el abuso de mercado, y el Reglamento (UE) n.º 909/2014 sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores, *DOUE*, L, núm. 175, de 30 de junio de 2016.
21. Directiva (UE) 2016/1034 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de junio de 2016, por la que se modifica la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros, *DOUE*, L, núm. 175, de 30 de junio de 2016.
22. Directiva (UE) 2016/1065 del Consejo, de 27 de junio de 2016, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo que respecta al tratamiento de los bonos, *DOUE*, L, núm. 177, de 1 de julio de 2016.
23. Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1066 de la Comisión, de 17 de junio de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con los procedimientos, modelos de formularios y plantillas para la notificación de información a efectos de

los planes de resolución para las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, de conformidad con la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, *DOUE*, L, núm. 181, de 6 de julio de 2016.

24. Reglamento Delegado (UE) 2016/1075 de la Comisión, de 23 de marzo de 2016, que completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación que especifican el contenido de los planes de reestructuración, los planes de resolución y los planes de resolución de grupos, los criterios mínimos que la autoridad competente debe evaluar en lo que respecta a los planes de reestructuración y planes de reestructuración de grupos, las condiciones para la ayuda financiera de grupo, los requisitos relativos a los valoradores independientes, el reconocimiento contractual de las competencias de amortización y de conversión, el procedimiento en relación con los requisitos de notificación y el anuncio de suspensión y el contenido de los mismos, y el funcionamiento operativo de los colegios de autoridades de resolución, *DOUE*, L, núm. 184, de 8 de julio de 2016.
25. Decisión de Ejecución (UE) 2016/1223 de la Comisión, de 25 de julio de 2016, por la que se modifica la Decisión 2011/30/UE sobre la equivalencia de los sistemas de supervisión pública, control de calidad, investigación y sanciones que aplican algunos terceros países a los auditores y sociedades de auditoría y sobre un período transitorio autorizado para las actividades de auditoría en la Unión Europea de los auditores y sociedades de auditoría de ciertos terceros países [notificada con el número C(2016) 4637], *DOUE*, L, núm. 201, de 27 de julio de 2016.
26. Reglamento (UE) 2016/1384 del Banco Central Europeo, de 2 de agosto de 2016, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1011/2012 (BCE/2012/24) relativo a las estadísticas sobre carteras de valores (BCE/2016/22), *DOUE*, L, núm. 222, de 17 de agosto de 2016.
27. Orientación (UE) 2016/1386 del Banco Central Europeo, de 2 de agosto de 2016, por la que se modifica la Orientación BCE/2013/7 relativa a las estadísticas sobre carteras de valores (BCE/2016/23), *DOUE*, L, núm. 222, de 17 de agosto de 2016.
28. Reglamento Delegado (UE) 2016/1401 de la Comisión, de 23 de mayo de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a los métodos y los principios de valoración de los pasivos surgidos de derivados, *DOUE*, L, núm. 228, de 23 de agosto de 2016.
29. Reglamento Delegado (UE) 2016/1437 de la Comisión, de 19 de mayo de 2016, por el que se complementa la Directiva 2004/109/

CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en materia de acceso a información regulada a nivel de la Unión, *DOUE*, L, núm. 234, de 31 de agosto de 2016.

30. Reglamento Delegado (UE) 2016/1608 de la Comisión, de 17 de mayo de 2016, por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) n.º 1222/2014 en lo relativo a las normas técnicas de regulación que determinan el método para la identificación de las entidades de importancia sistémica mundial y la definición de las subcategorías de entidades de importancia sistémica mundial, *DOUE*, L, núm. 240, de 8 de septiembre de 2016.
31. Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1646 de la Comisión, de 13 de septiembre de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los principales índices bursátiles y los mercados organizados de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, *DOUE*, L, núm. 245, de 14 de septiembre de 2016.

#### DERECHO DE LA COMPETENCIA

32. Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, *DOUE*, L, núm. 157, de 15 de junio de 2016.

#### DERECHO DE FAMILIA

33. Decisión (UE) 2016/954 del Consejo, de 9 de junio de 2016, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económicos de las parejas internacionales, tanto en materia de regímenes económicos matrimoniales como de efectos patrimoniales de las uniones registradas, *DOUE*, L, núm. 159, de 16 de junio de 2016.
34. Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, *DOUE*, L, núm. 183, de 8 de julio de 2016.
35. Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, *DOUE*, L, núm. 183, de 8 de julio de 2016.

## MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

36. **Corrección de errores del Reglamento (UE) 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo sobre la marca comunitaria, y el Reglamento (CE) n.º 2868/95 de la Comisión, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) n.º 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 2869/95 de la Comisión, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, diseños y modelos) (DO L 341 de 24.12.2015), DOUE, L, núm. 71, de 16 de marzo de 2016.**
37. **Corrección de errores del Reglamento (UE) 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) no 207/2009 del Consejo sobre la marca comunitaria, y el Reglamento (CE) no 2868/95 de la Comisión, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) no 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria, y se deroga el Reglamento (CE) no 2869/95 de la Comisión, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, diseños y modelos) (DO L 341 de 24.12.2015), DOUE, L, núm. 110, de 26 de abril de 2016.**
38. **Corrección de errores de la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DO L 336 de 23.12.2015), DOUE, L, núm. 110, de 26 de abril de 2016.**

## PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

39. **Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DOUE, L, núm. 119, de 4 de mayo de 2016.**
40. **Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, DOUE, L, núm. 119, de 4 de mayo de 2016.**

## RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

41. Reglamento de Ejecución (UE) 2016/869 de la Comisión, de 27 de mayo de 2016, por el que se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 31 de marzo y el 29 de junio de 2016 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), *DOUE*, L, núm. 147, de 3 de junio de 2016.
42. Corrección de errores del Reglamento Delegado (UE) 2015/35 de la Comisión, de 10 de octubre de 2014, por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (*DO L* 12 de 17.1.2015), *DOUE*, L, núm. 204, de 29 de julio de 2016.
43. Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1376 de la Comisión, de 8 de agosto de 2016, por el que se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 30 de junio y el 29 de septiembre de 2016 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, *DOUE*, L, núm. 224, de 18 de agosto de 2016.

## B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

## BANCA Y MERCADOS

44. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Plan de acción para la creación de un mercado de capitales» [COM(2015) 468 final], *DOUE*, C, núm. 133, de 14 de abril de 2016.
45. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores [COM(2015) 583 final], *DOUE*, C, núm. 177, de 18 de mayo de 2016.
46. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 806/2014 a fin de establecer un Sistema Europeo de Garantía de Depósitos» [COM(2015)

- 586 final – 2015/0270 (COD)], *DOUE*, C, núm. 177, de 18 de mayo de 2016.
47. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Banco Central Europeo – Medidas destinadas a realizar la unión económica y monetaria [COM(2015) 600 final] y la Decisión (UE) 2015/1937 de la Comisión, de 21 de octubre de 2015, por la que se crea un Consejo Fiscal Europeo consultivo independiente [C(2015) 8000 final], *DOUE*, C, núm. 177, de 18 de mayo de 2016.
  48. Dictamen del Banco Central Europeo, de 17 de marzo de 2016, acerca de una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores (CON/2016/15), *DOUE*, C, núm. 195, de 2 de junio de 2016.
  49. Dictamen del Banco Central Europeo, de 11 de marzo de 2016, acerca de: a) una propuesta de reglamento por el que se establecen normas comunes sobre la titulización y se crea un marco europeo para la titulización simple, transparente y normalizada, y b) una propuesta de reglamento por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 575/2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (CON/2016/11), *DOUE*, C, núm. 219, de 17 de junio de 2016.
  50. Dictamen del Banco Central Europeo, de 29 de abril de 2016, sobre una propuesta de reglamento por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 600/2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros, el Reglamento (UE) n.º 596/2014, sobre el abuso de mercado, y el Reglamento (UE) n.º 909/2014, sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores, en lo que respecta a determinadas fechas, y sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2014/65/UE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, en lo tocante a determinadas fechas (CON/2016/27), *DOUE*, C, núm. 223, de 21 de junio de 2016.
  51. Dictamen del Banco Central Europeo, de 20 de abril de 2016, sobre una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 806/2014 a fin de establecer un Sistema Europeo de Garantía de Depósitos (CON/2016/26), *DOUE*, C, núm. 252, de 12 de julio de 2016.
  52. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se modifica la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros, en lo tocante a determinadas fechas [COM(2016) 56 final – 2016/0033 (COD)] y sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 600/2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros, el Reglamento (UE) n.º 596/2014,

sobre el abuso de mercado, y el Reglamento (UE) n.º 909/2014, sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores, en lo que respecta a determinadas fechas [COM(2016) 57 final – 2016/0034 (COD)], *DOUE*, C, núm. 303, de 19 de agosto de 2016.

53. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 258/2014 por el que se instituye un programa de la Unión destinado a respaldar determinadas actividades en el ámbito de la información financiera y la auditoría durante el período 2014-2020 [COM(2016) 202 final – 2016/0110 (COD)], *DOUE*, C, núm. 303, de 19 de agosto de 2016.
54. P8\_TA(2015)0047. Fondos de inversión a largo plazo europeos. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2015, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los fondos de inversión a largo plazo europeos [COM(2013)0462 – C7-0209/2013 – 2013/0214(COD)].P8\_TC1-COD(2013)0214. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 10 de marzo de 2015 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2015/... del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los fondos de inversión a largo plazo europeos, *DOUE*, C, núm. 316, de 30 de agosto de 2016.

#### DERECHO DE CONSUMO

55. Comunicación de la Comisión – Directrices interpretativas del Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, *DOUE*, C, núm. 214, de 15 de junio de 2016.
56. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor – Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresa» [COM(2015) 630 final], *DOUE*, C, núm. 264, de 20 de julio de 2016.
57. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales» [COM(2015) 634 final – 2015/0287 (COD)] y la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes» [COM(2015) 635

final – 2015/0288 (COD)], *DOUE*, C, núm. 264, de 20 de julio de 2016.

58. Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de noviembre de 2014, sobre el apoyo a los derechos de los consumidores en el mercado único digital (2014/2973(RSP)), *DOUE*, C, núm. 289, de 9 de agosto de 2016.
59. P8\_TA(2015)0048. Tasas de intercambio para operaciones de pago basadas en una tarjeta. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2015, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las tasas de intercambio para operaciones de pago basadas en una tarjeta [COM(2013)0550 – C7-0241/2013 – 2013/0265(COD)]. P8\_TC1-COD(2013)0265. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 10 de marzo de 2015 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2015/... del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta, *DOUE*, C, núm. 316, de 30 de agosto de 2016.

#### DERECHO DE LA COMPETENCIA

60. Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de octubre de 2013, sobre las prácticas publicitarias engañosas (2013/2122(INI)), *DOUE*, C, núm. 208, de 10 de junio de 2016.
61. P8\_TA(2015)0016. Medidas antidumping y antisubvención. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 de febrero de 2015, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las medidas que podrá adoptar la Unión a partir del informe sobre medidas antidumping y antisubvención aprobado por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (versión codificada) (COM(2014)0317 – C8-0017/2014 – 2014/0163(COD)). P8\_TC1-COD(2014)0163. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 11 de febrero de 2015 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2015/... del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las medidas que podrá adoptar la Unión a partir del informe sobre medidas antidumping y antisubvención aprobado por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (versión codificada). *DOUE*, C, núm. 310, de 25 de agosto de 2016.
62. P8\_TA(2015)0017. Efecto combinado de las medidas antidumping o antisubvenciones y las medidas de salvaguardia. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 de febrero de 2015, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las medidas que podrá tomar la Unión en relación con el efecto combinado de las medidas antidumping o antisubvenciones y las medidas de salvaguardia (versión codificada) (COM(2014)0318 – C8-0016/2014 – 2014/0164(COD)). P8\_TC1-COD(2014)0164. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 11 de febrero de 2015 con vistas a la adopción

del Reglamento (UE) 2015/... del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las medidas que podrá tomar la Unión en relación con el efecto combinado de las medidas antidumping o antisubvenciones y las medidas de salvaguardia (versión codificada). *DOUE*, C, núm. 310, de 25 de agosto de 2016.

63. Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2015, sobre el Informe anual sobre la política de competencia de la UE (2014/2158(INI)), *DOUE*, C, núm. 316, de 30 de agosto de 2016.

#### DERECHO DE SOCIEDADES

64. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos del derecho de sociedades (codificación)» [COM(2015) 616 final – 2015/0283 (COD)], *DOUE*, C, núm. 264, de 20 de julio de 2016.
65. Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2015, sobre el Informe anual sobre la política de competencia de la UE (2014/2158(INI)), *DOUE*, C, núm. 316, de 30 de agosto de 2016.

#### PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

66. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor» [COM(2015) 626 final], *DOUE*, C, núm. 264, de 20 de julio de 2016.

#### PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

67. Posición (UE) n.º 5/2016 del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo Adoptada por el Consejo el 8 de abril de 2016, *DOUE*, C, núm. 158, de 3 de mayo de 2016.
68. Exposición de motivos del Consejo: Posición (UE) n.º 5/2016 del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infrac-

ciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, *DOUE*, C, núm. 158, de 3 de mayo de 2016.

69. Posición (UE) n.º 6/2016 del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) Adoptada por el Consejo el 8 de abril de 2016, *DOUE*, C, núm. 159, de 3 de mayo de 2016.
70. Proyecto de exposición de motivos del Consejo: Posición n.º 6/2016 del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), *DOUE*, C, núm. 159, de 3 de mayo de 2016.

#### RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

71. Comunicación de la Comisión – Adaptación, en función de la inflación, de los importes mínimos establecidos en la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, *DOUE*, C, núm. 210, de 11 de junio de 2016.

## II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

#### COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

72. Asunto C-397/15: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 13 de enero de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Itzehoe – Alemania) – Raiffeisen Privatbank Liechtenstein AG/Gerhild Lukath [Procedimiento prejudicial – Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales – Primer protocolo relativo a la interpretación del Convenio por el Tribunal de Justicia – Artículos 1 y 2, letras a) y b) – Órganos jurisdiccionales nacionales que tienen la facultad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia – Incompetencia manifiesta del Tribunal de Justicia], *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.

73. Asunto C-94/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 10 de marzo de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria – Hungría) – Flight Refund Ltd/Deutsche Lufthansa AG [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación judicial en materia civil – Proceso monitorio europeo – Reglamento (CE) n.º 1896/2006 – Artículos 17 y 20 – Obligaciones de un tribunal al que se somete la designación de un órgano jurisdiccional territorialmente competente para conocer del procedimiento contencioso a raíz de la oposición del demandado al requerimiento europeo de pago – Competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen del requerimiento europeo de pago – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Crédito basado en el derecho a compensación en virtud del Reglamento (CE) n.º 261/2004 por el retraso de un vuelo], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
74. Asunto C-175/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 17 de marzo de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la Înalta Curte de Casație și Justiție – Rumanía) – Taser International Inc./SC Gate 4 Business SRL, Cristian Mircea Anastasiu [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Contratos que prevén la obligación de una empresa rumana de ceder los derechos sobre una marca a una empresa con domicilio social en un Estado tercero – Denegación – Cláusula atributiva de competencia en favor del Estado tercero – Comparecencia del demandado ante los tribunales rumanos sin impugnar la competencia – Reglas de competencia aplicables], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
75. Asunto C-380/15: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 23 de febrero de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de les Illes Balears) – Francisca Garzón Ramos, José Javier Ramos Martín/Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S. A., Intercotrans, S. L. (Procedimiento prejudicial – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Derecho a la tutela judicial efectiva – Procedimiento de ejecución hipotecaria – Competencias del juez nacional del fondo – Inexistencia de aplicación del Derecho de la Unión – Artículo 53, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Incompetencia manifiesta del Tribunal de Justicia), *DOUE*, C, núm. 200, de 6 de junio de 2016.
76. Asunto C-572/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de abril de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH/Amazon EU Sàrl, Amazon Services Europe Sàrl, Amazon.de GmbH, Amazon Logistik GmbH, Amazon Media Sàrl [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Competencia judicial en materia civil y mercantil – Artículo 5, punto 3 – Concepto de «materia delictual o cuasidelictual» – Directiva 2001/29/CE – Armonización de determinados

aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información – Artículo 5, apartado 2, letra b) – Derecho de reproducción – Excepciones y limitaciones – Reproducción para uso privado – Compensación equitativa – Impago – Eventual inclusión en el ámbito de aplicación del artículo 5, punto 3, del Reglamento (CE) n.º 44/2001], *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.

#### COOPERACIÓN JUDICIAL

77. Asunto C-384/14: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 28 de abril de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Barcelona) – Alta Realitat, S. L./Erlock Film ApS, Ulrich Thomsen [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil o mercantil – Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales – Reglamento (CE) n.º 1393/2007 – Artículo 8 – Documento no traducido – Negativa a aceptar el documento – Conocimientos lingüísticos del destinatario del documento – Control por parte del juez que conoce del asunto en el Estado miembro de origen], *DOUE*, C, núm. 243, de 4 de julio de 2016.
78. Asunto C-559/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de mayo de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa – Letonia) – Rūdolfs Meroni/Recoletos Limited [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Reconocimiento y ejecución de medidas provisionales y cautelares – Concepto de «orden público»], *DOUE*, C, núm. 260, de 18 de julio de 2016.
79. Asunto C-281/15: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de mayo de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht München – Alemania) – Soha Sahyouni/Raja Mamisch [Procedimiento prejudicial – Artículo 53, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) n.º 1259/2010 – Ámbito de aplicación – Reconocimiento de una resolución de divorcio privado dictada por un tribunal religioso en un Estado tercero – Incompetencia manifiesta del Tribunal de Justicia], *DOUE*, C, núm. 260, de 18 de julio de 2016.
80. Asunto C-511/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de junio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Bologna – Italia) – Pebros Servizi Srl/Aston Martin Lagonda Ltd [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, de seguridad y de justicia – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 805/2004 – Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados – Artículo 3, apartado 1, letra b) – Requisitos para la certificación – Sentencia dictada en rebeldía – Concepto de «crédito no impugnado» – Posibilidad de que el comportamiento procesal de una parte equivalga a una

«ausencia de oposición al crédito»], *DOUE*, C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.

81. Asunto C-70/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 7 de julio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy – Polonia) – Emmanuel Lebek/Janusz Domino [Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Artículo 34, punto 2 – Demandado que no comparece – Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales – Motivos de denegación – No entrega al demandado rebelde de la cédula de emplazamiento con tiempo suficiente – Concepto de «recurso» – Demanda tendente a la exención de la preclusión – Reglamento (CE) n.º 1393/2007 – Artículo 19, apartado 4 – Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales – Plazo de admisibilidad de la demanda tendente a la exención de la preclusión], *DOUE*, C, núm. 335, de 12 de septiembre de 2016.
82. Asunto C-196/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de julio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d’appel de Paris – Francia) – Granarolo SpA/Ambrosi Emmi France SA [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Artículo 5, puntos 1 y 3 – Órgano jurisdiccional competente – Conceptos de «materia contractual» y de «materia delictual» – Ruptura repentina de relaciones comerciales de larga duración – Acción de indemnización – Conceptos de «compraventa de mercaderías» y de «prestación de servicios»], *DOUE*, C, núm. 335, de 12 de septiembre de 2016.
83. Asunto C-222/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 7 de julio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Pécsi Törvényszék – Hungría) – Hőszig Kft./Alstom Power Thermal Services [Procedimiento prejudicial – Cláusula atributiva de competencia – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Artículo 23 – Cláusula incluida en unas condiciones generales – Consentimiento de las partes a dichas condiciones – Validez y precisión de una cláusula de este tipo], *DOUE*, C, núm. 335, de 12 de septiembre de 2016.
84. Asunto C-230/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de julio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Den Haag – Países Bajos) – Brite Strike Technologies Inc./Brite Strike Technologies SA [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Artículo 22, punto 4 – Competencia judicial respecto de los litigios en materia de propiedad intelectual – Artículo 71 – Convenios celebrados entre Estados miembros sobre materias específicas – Convención del Benelux sobre propiedad intelectual – Competencia judicial respecto de los litigios relativos a las marcas, dibujos y modelos Benelux – Artículo 350 TFUE], *DOUE*, C, núm. 335, de 12 de septiembre de 2016.

## DERECHO DE CONSUMO

85. Asunto C-7/16: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 11 de Vigo (España) el 6 de enero de 2016 – Banco Popular Español S. A. y PL Salvador, S. A. R. L./ María Rita Giráldez Villar y Modesto Martínez Baz, *DOUE*, C, núm. 118, de 4 de abril de 2016.
86. Asunto C-34/16: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 6 de Alicante (España) el 21 de enero de 2016 – Manuel González Poyato y Ana Belén Tovar García/Banco Popular Español S. A., *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
87. Asunto C-49/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de febrero de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Cartagena – Murcia) – Finanzmadrid E. F. C., S. A./Jesús Vicente Albán Zambrano, María Josefa García Zapata, Jorge Luis Albán Zambrano, Miriam Elisabeth Caicedo Merino (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas – Proceso monitorio – Procedimiento de ejecución forzosa – Competencia del juez nacional de ejecución para apreciar de oficio la nulidad de la cláusula abusiva – Principio de cosa juzgada – Principio de efectividad – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Tutela judicial), *DOUE*, C, núm. 145, de 25 de abril de 2016.
88. Asunto C-96/16: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 38 de Barcelona (España) el 17 de febrero de 2016 – Banco Santander, S. A./Mahamadou Demba y Mercedes Godoy Bonet, *DOUE*, C, núm. 145, de 25 de abril de 2016.
89. Asunto C-92/16: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 1 de Fuenlabrada (España) el 15 de febrero de 2016 – Bankia S. A./Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez y Sheyla-Jeanneth Felix Caiza, *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
90. Asunto C-627/15: Petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Câmpulung (Rumanía) el 23 de noviembre de 2015 – Dumitru Gavrilesco, Liana Gavrilesco/SC Volksbank România SA, SC Volksbank România SA – sucursala Câmpulung, *DOUE*, C, núm. 165, de 10 de mayo de 2016.
91. Asunto C-32/16: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Dresden (Alemania) el 19 de enero de 2016 – Ute Wunderlich/Bulgarian Air Charter Limited, *DOUE*, C, núm. 165, de 10 de mayo de 2016.
92. Asunto C-40/16: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Hamburg (Alemania) el 25 de enero de 2016 – Irene Uhden/KLM Royal Dutch Airlines NV, *DOUE*, C, núm. 175, de 17 de mayo de 2016.

93. Asunto C-91/16: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 60 de Madrid (España) el 15 de febrero de 2016 – Caixabank S. A./Héctor Benlliure Santiago, *DOUE*, C, núm. 175, de 17 de mayo de 2016.
94. Asunto C-120/16: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 60 de Madrid (España) el 29 de febrero de 2016 – Abanca Corporación Bancaria S. A./Juan José González Rey y otros, *DOUE*, C, núm. 175, de 17 de mayo de 2016.
95. Asunto C-613/15: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 17 de marzo de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alcobendas – Madrid) – Ibercaja Banco, S. A. U./José Cortés González (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Préstamos inmobiliarios – Cláusula de intereses de demora – Cláusula de vencimiento anticipado – Competencias del órgano jurisdiccional nacional – Plazo preclusivo), *DOUE*, C, núm. 200, de 6 de junio de 2016.
96. Asunto C-167/16: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 2 de Santander (España) el 23 de marzo de 2016 – Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A./Fernando Quintano Ujeta y María Isabel Sánchez García. *DOUE*, C, núm. 200, de 6 de junio de 2016.
97. Asunto C-377/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de abril de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Krajský soud v Praze – República Checa) – Ernst Georg Radlinger, Helena Radlingerová/FINWAY a.s. [Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Artículo 7 – Normas nacionales en materia de procedimientos concursales – Deudas procedentes de un contrato de crédito al consumo – Tutela judicial efectiva – Punto 1, letra e), del anexo – Carácter desproporcionado de la indemnización – Directiva 2008/48/CE – Artículo 3, letra l) – Importe total del crédito – Parte I del anexo I – Importe de la disposición del crédito – Cálculo de la tasa anual equivalente – Artículo 10, apartado 2 – Obligación de información – Examen de oficio – Sanción], *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.
98. Asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de abril de 2016 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona) – Jorge Sales Sinués/Caixabank, S. A. (C-381/14), y Youssouf Drame Ba/Catalunya Caixa, S. A. (Catalunya Banc, S. A.) (C-385/14) (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados entre profesionales y consumidores – Contratos hipotecarios – Cláusula suelo – Examen de la cláusula con vistas a declarar su falta de validez – Procedimiento colectivo – Acción de cesación – Suspensión del procedimiento individual con el mismo objeto), *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.

99. Asunto C-172/16: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Düsseldorf (Alemania) el 25 de marzo de 2016 – Ljiljana Kammerer, Frank Kammerer/Swiss International Air Lines AG, *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.
100. Asunto C-255/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de junio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Düsseldorf – Alemania) – Steef Mennens/Emirates Direktion für Deutschland [Procedimiento prejudicial – Transporte aéreo – Reglamento (CE) n.º 261/2004 – Artículos 2, letra f), y 10, apartado 2 – Reembolso parcial del precio del billete cuando en un vuelo el transportista haya cambiado al pasajero a una clase inferior – Conceptos de «billete» y «precio del billete» – Cálculo del reembolso que corresponde al pasajero], *DOUE*, C, núm. 314, de 29 de agosto de 2016.
101. Asunto C-122/14: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 21 de junio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Cartagena – Murcia) – Aktiv Kapital Portfolio AS, Oslo, sucursal en Zúrich, anteriormente Aktiv Kapital Portfolio Investments AG/Ángel Luis Egea Torregrosa (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Proceso monitorio – Procedimiento de ejecución – Competencia del juez nacional de la ejecución para apreciar de oficio la nulidad de una cláusula abusiva – Principio de efectividad – Principio de fuerza de cosa juzgada), *DOUE*, C, núm. 326, de 5 de septiembre de 2016.
102. Asunto C-476/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 7 de julio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Citroën Commerce GmbH/Zentralvereinigung des Kraftfahrzeuggewerbes zur Aufrechterhaltung lauterer Wettbewerbs eV (ZLW) (Procedimiento prejudicial – Directivas 98/6/CE y 2005/29/CE – Protección de los consumidores – Publicidad con indicación del precio – Conceptos de «oferta» y de «precio incluidos los impuestos» – Obligación de incluir en el precio de venta de un automóvil los gastos adicionales obligatorios vinculados al traslado de dicho vehículo), *DOUE*, C, núm. 335, de 12 de septiembre de 2016.
103. Asunto C-19/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de julio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht München I – Alemania) – Verband Sozialer Wettbewerb eV/Innova Vital GmbH [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Reglamento (CE) n.º 1924/2006 – Declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos – Artículo 1, apartado 2 – Ámbito de aplicación – Alimentos destinados a ser suministrados como tales al consumidor final – Declaraciones efectuadas en una comunicación de carácter comercial dirigida exclusivamente a profesionales de la salud], *DOUE*, C, núm. 335, de 12 de septiembre de 2016.

## DERECHO DE LA COMPETENCIA

104. Asunto T-251/12: Sentencia del Tribunal General de 29 de febrero de 2016 – EGL y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Servicios internacionales de transitarios por aire – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Fijación de los precios – Recargos y mecanismos de tarificación que tienen incidencia en el precio final – Definición del mercado – Perjuicio para el comercio entre Estados miembros – Cooperación – Dispensa parcial de la multa»), *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
105. Asunto T-254/12: Sentencia del Tribunal General de 29 de febrero de 2016 – Kühne + Nagel International y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Servicios internacionales de transitarios por aire – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Recargos y mecanismos de tarificación que tienen incidencia en el precio final – Perjuicio para el comercio entre Estados miembros – Errores de apreciación – Duración de la infracción – Importe de la multa – Punto 13 de las Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Valor de las ventas – Circunstancias atenuantes – Proporcionalidad – Derecho de defensa»), *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
106. Asunto T-264/12: Sentencia del Tribunal General de 29 de febrero de 2016 – UTi Worldwide y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Servicios internacionales de transitarios por aire – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Recargos y mecanismos de tarificación que tienen incidencia en el precio final – Errores de apreciación – Prueba – Perjuicio para el comercio entre Estados miembros – Efecto apreciable en la competencia – Importe de la multa – Gravedad de la infracción – Proporcionalidad – Responsabilidad solidaria – Plena jurisdicción»), *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
107. Asunto T-265/12: Sentencia del Tribunal General de 29 de febrero de 2016 – Schenker/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Servicios internacionales de transitarios por aire – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Fijación de los precios – Recargos y mecanismos de tarificación que tienen incidencia en el precio final – Pruebas incluidas en una solicitud de dispensa – Protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes – Normas deontológicas sobre la obligación de lealtad y la prohibición de doble representación – Obligaciones fiduciarias – Perjuicio para el comercio entre Estados miembros – Imputabilidad del comportamiento infractor – Determinación de las sociedades – Multas – Proporcionalidad – Gravedad de la infracción – Circunstancias atenuantes – Igualdad de trato – Cooperación – Transacción – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas»), *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.

108. **Asunto T-267/12: Sentencia del Tribunal General de 29 de febrero de 2016 – Deutsche Bahn y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Servicios internacionales de transitarios por aire – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Fijación de los precios – Recargos y mecanismos de tarificación que tienen incidencia en el precio final – Pruebas incluidas en una solicitud de dispensa – Protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes – Normas deontológicas sobre la obligación de lealtad y la prohibición de doble representación – Obligaciones fiduciarias – Imputabilidad del comportamiento infractor – Determinación de las sociedades – Multas – Proporcionalidad – Gravedad de la infracción – Circunstancias atenuantes – Igualdad de trato – Cooperación – Dispensa parcial de la multa – Plena jurisdicción – Transacción – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas»)**, *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
109. **Asunto T-270/12: Sentencia del Tribunal General de 29 de febrero de 2016 – Panalpina World Transport (Holding) y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Servicios internacionales de transitarios por aire – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Fijación de los precios – Recargos y mecanismos de tarificación que tienen incidencia en el precio final – Multas – Proporcionalidad – Gravedad de la infracción – Igualdad de trato – Obligación de motivación – Transacción – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas»)**, *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
110. **Asunto C-232/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 17 de marzo de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el First-tier Tribunal (Tax Chamber) – Reino Unido) – Portmeirion Group UK Ltd/Commissioners for Her Majesty’s Revenue & Customs [Procedimiento prejudicial – Dumping – Reglamento de Ejecución (UE) n.º 412/2013 – Validez – Importaciones de artículos de cerámica para el servicio de mesa o de cocina originarios de China – Producto afectado – Producto considerado – Obligación de motivación]**, *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
111. **Asunto C-247/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de marzo de 2016 – HeidelbergCement AG/Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Mercado del «cemento y productos relacionados» – Procedimiento administrativo – Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Artículo 18, apartados 1 y 3 – Decisión de requerimiento de información – Motivación – Precisión del requerimiento]**, *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
112. **Asunto C-248/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de marzo de 2016 – Schwenk Zement KG/Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Mercado del «cemento y productos relacionados» – Procedimiento administra-**

- tivo – Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Artículo 18, apartados 1 y 3 – Decisión de requerimiento de información – Motivación – Precisión del requerimiento], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
113. Asunto C-267/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de marzo de 2016 – Buzzi Unicem SpA/Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Mercado del «cemento y productos relacionados» – Procedimiento administrativo – Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Artículo 18, apartados 1 y 3 – Decisión de requerimiento de información – Motivación – Precisión del requerimiento], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
114. Asunto C-268/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de marzo de 2016 – Italmobiliare SpA/Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Mercado del «cemento y productos relacionados» – Procedimiento administrativo – Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Artículo 18, apartados 1 y 3 – Decisión de requerimiento de información – Motivación – Precisión del requerimiento], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
115. Asunto T-586/14: Sentencia del Tribunal General de 16 de marzo de 2016 – Xinyi PV Products (Anhui) Holdings/Comisión [«Dumping – Importaciones de vidrio solar originario de China – Derecho antidumping definitivo – Trato de economía de mercado – Artículo 2, apartado 7, letras b) y c), tercer guion, del Reglamento (CE) n.º 1225/2009 – Distorsiones significativas heredadas del sistema anterior de economía no sujeta a las leyes del mercado – Ventajas fiscales»], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
116. Asuntos acumulados C-186/14 P y C-193/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 7 de abril de 2016 – Arcelor-Mittal Tubular Products Ostrava a.s. y otros/Hubei Xinyegang Steel Co. Ltd, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea y Consejo de la Unión Europea/República Italiana y otros [Recurso de casación – Dumping – Reglamento (CE) n.º 384/96 – Artículo 3, apartados 5, 7 y 9 – Artículo 6, apartado 1 – Reglamento (CE) n.º 926/2009 – Importaciones de determinados tubos sin soldadura de hierro o acero originarios de China – Derecho antidumping definitivo – Determinación de la existencia de una amenaza de perjuicio – Toma en consideración de datos posteriores al período de investigación], *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.
117. Asunto C-179/16: Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia) el 25 de marzo de 2016 – F. Hoffmann-La Roche AG, La Roche SpA, Novartis AG, Novartis Farma SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *DOUE*, C, núm. 220, de 20 de junio de 2016.
118. Asunto T-669/14: Sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2016 – Trioplast Industrier/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los sacos industriales de plástico –

Recurso de anulación – Acto impugnabile – Admisibilidad – Recurso de indemnización – Intereses de demora – Concepto de crédito cierto, líquido y exigible – Proporcionalidad – Seguridad jurídica – Principio de individualización de las penas y sanciones – Inexistencia de base legal – Artículo 266 TFUE – Relación de causalidad», *DOUE*, C, núm. 232, de 27 de junio de 2016.

119. Asuntos acumulados T-426/10 a T-429/10 y T-438/12 a T-441/12: Sentencia del Tribunal General de 2 de junio de 2016 – Moreda-Riviere Trefilerías y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Fijación de precios, reparto del mercado e intercambio de información comercial sensible – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Unidad económica – Participación directa en la infracción – Responsabilidad derivada de las sociedades matrices – Sucesión de empresas – Infracción compleja – Infracción única y continuada – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Principios de irretroactividad y de legalidad de las penas – Circunstancias atenuantes – Capacidad contributiva – Derecho de defensa – Obligación de motivación – Solicitud de nueva apreciación – Inexistencia de cambios en las circunstancias de hecho – Escrito de desestimación – Inadmisibilidad»), *DOUE*, C, núm. 260, de 18 de julio de 2016.
120. Asunto T-276/13: Sentencia del Tribunal General de 9 de junio de 2016 – Growth Energy y Renewable Fuels Association/Consejo («Dumping – Importaciones de bioetanol originario de los Estados Unidos – Derecho antidumping definitivo – Recurso de anulación – Asociación – Inexistencia de afectación directa de los miembros – Inadmisibilidad – Derecho antidumping a escala nacional – Trato individual – Muestreo – Derecho de defensa – No discriminación – Deber de diligencia»), *DOUE*, C, núm. 270, de 25 de julio de 2016.
121. Asunto T-277/13: Sentencia del Tribunal General de 9 de junio de 2016 – Marquis Energy/Consejo («Dumping – Importaciones de bioetanol originario de Estados Unidos – Derecho antidumping definitivo – Recurso de anulación – Afectación directa – Admisibilidad – Derecho antidumping a escala nacional – Tratamiento individual – Muestreo»), *DOUE*, C, núm. 270, de 25 de julio de 2016.
122. Asunto C-31/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 2 de junio de 2016 – Photo USA Electronic Graphic, Inc./Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, Ancàp SpA, Cerame-Unie AISBL, Confindustria Ceramica, Verband der Keramischen Industrie eV [Recurso de casación – Dumping – Reglamento de Ejecución (UE) n.º 412/2013 – Importaciones de artículos de cerámica para el servicio de mesa o de cocina originarios de China – Derecho antidumping definitivo], *DOUE*, C, núm. 287, de 8 de agosto de 2016.

123. Asunto T-208/13: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2016 – Portugal Telecom/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados portugués y español de las telecomunicaciones – Cláusula de no competencia en el mercado ibérico incluida en el contrato de adquisición por Telefónica de la parte de que era titular Portugal Telecom en el operador brasileño de telefonía móvil Vivo – Salvaguarda legal «en la medida permitida por la ley» – Obligación de motivación – Infracción por el objeto – Restricción accesoria – Competencia potencial – Infracción por los efectos – Cálculo del importe de la multa – Petición de examen de testigos»), *DOUE*, C, núm. 287, de 8 de agosto de 2016.
124. Asunto T-216/13: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2016 – Telefónica/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados portugués y español de las telecomunicaciones – Cláusula de no competencia en el mercado ibérico incluida en el contrato de adquisición por Telefónica de la parte de que era titular Portugal Telecom en el operador brasileño de telefonía móvil Vivo – Salvaguarda legal «en la medida permitida por la ley» – Infracción por el objeto – Restricción accesoria – Autonomía del comportamiento de la demandante – Competencia potencial – Infracción por los efectos – Cálculo del importe de la multa – Petición de examen de testigos»), *DOUE*, C, núm. 287, de 8 de agosto de 2016.
125. Asunto C-608/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de junio de 2016 – Compañía Española de Petróleos (CEPSA), S. A./Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Artículo 81 CE – Mercado español del betún para recubrimiento de carreteras – Reparto del mercado y coordinación de los precios – Excesiva duración del procedimiento ante el Tribunal General de la Unión Europea – Excesiva duración del procedimiento ante la Comisión Europea – Recurso de casación sobre las costas), *DOUE*, C, núm. 296, de 16 de agosto de 2016.
126. Asunto C-616/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de junio de 2016 – Productos Asfálticos (PROAS), S. A./Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Artículo 81 CE – Mercado español del betún para recubrimiento de carreteras – Reparto del mercado y coordinación de los precios – Excesiva duración del procedimiento ante el Tribunal General de la Unión Europea – Excesiva duración del procedimiento ante la Comisión Europea – Recurso de casación sobre las costas), *DOUE*, C, núm. 296, de 16 de agosto de 2016.
127. Asunto C-617/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de junio de 2016 – Repsol Lubricantes y Especialidades, S. A., anteriormente Repsol Lubricantes YPF y Especialidades, S. A., Repsol Petróleo, S. A., Repsol, S. A./Comisión Europea [Recurso de casación – Artículo 81 CE – Prácticas colusorias – Mercado español del betún para recubrimiento de carreteras – Reparto del mercado y coordinación de los precios – Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de

su importe en casos de cártel (2002) – Apartado 23, letra b), último párrafo – Dispensa parcial de la multa – Medios de prueba de hechos de los cuales no tenga conocimiento previo la Comisión Europea], *DOUE*, C, núm. 296, de 16 de agosto de 2016.

128. Asunto C-154/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de junio de 2016 – SKW Stahl-Metallurgie GmbH, SKW Stahl-Metallurgie Holding AG/Comisión Europea, Gigaset AG [Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Artículo 81 CE – Mercados del carburo de calcio en polvo y granulado y del magnesio granulado en una parte importante del Espacio Económico Europeo – Fijación de precios, reparto de mercados e intercambio de información – Reglamento (CE) n.º 773/2004 – Artículos 12 y 14 – Derecho a ser oído – Audiencia a puerta cerrada], *DOUE*, C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.
129. Asunto C-155/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de junio de 2016 – Evonik Degussa GmbH, AlzChem AG, anteriormente AlzChem Trosberg GmbH/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Artículo 81 CE – Prácticas colusorias – Mercados del carburo de calcio en polvo y granulado y del magnesio granulado en una parte importante del Espacio Económico Europeo – Fijación de precios, reparto de mercados e intercambio de información – Responsabilidad de una sociedad matriz por las infracciones de las normas sobre competencia cometidas por sus filiales – Influencia determinante ejercida por la sociedad matriz – Presunción iuris tantum en caso de posesión de una participación del 100 % – Requisito para destruir esa presunción – Incumplimiento de una instrucción expresa), *DOUE*, C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.
130. Asunto T-424/13: Sentencia del Tribunal General de 30 de junio de 2016 – Jinan Meide Casting/Consejo «Dumping – Importaciones de accesorios de tubería roscados, moldeados, de fundición maleable, originarios de China – Derecho antidumping definitivo – Tratamiento confidencial de los cálculos del valor normal – Información presentada en momento oportuno – Plazo para adoptar una decisión sobre el trato de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Derecho de defensa – Igualdad de trato – Principio de irretroactividad – Artículo 2, apartados 7 a 11, artículo 3, apartados 1 a 3, artículo 6, apartado 7, artículo 19, apartados 1 y 5, y artículo 20, apartados 2 y 4, del Reglamento (CE) n.º 1225/2009», *DOUE*, C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.
131. Asunto T-146/09 RENV: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2016 – Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de las mangueras marinas – Acuerdos de fijación de precios, reparto del mercado e intercambios de información comercialmente sensible – Imputabilidad del comportamiento infractor – Principio de continuidad económica – Principio de responsabilidad personal – Multas – Circunstancias agravantes – Función de

líder – Límite máximo del 10 % – Competencia jurisdiccional plena»), *DOUE*, C, núm. 314, de 29 de agosto de 2016.

132. Asunto C-567/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 7 de julio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Paris – Francia) – Genentech Inc./Hoechst GmbH, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH (Procedimiento prejudicial – Competencia – Artículo 101 TFUE – Acuerdo de licencia no exclusiva – Patente – Inexistencia de infracción – Obligación de pago de un canon), *DOUE*, C, núm. 335, de 12 de septiembre de 2016.

#### DERECHO DE FAMILIA

133. Asunto C-173/16: Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (Irlanda) el 29 de marzo de 2016 – M. H./M. H., *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.
134. Asunto C-199/16: Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Bélgica) el 11 de abril de 2016 – État belge/Max-Manuel Nianga, *DOUE*; C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.
135. Asunto C-283/16: Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice, Family Division (England and Wales) el 23 de mayo de 2016 – M. S./P. S., *DOUE*, C, núm. 279, de 1 de agosto de 2016.

#### DERECHO DE SOCIEDADES

136. Asunto C-483/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 7 de abril de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – KA Finanz AG/Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group (Procedimiento prejudicial – Convenio de Roma – Ley aplicable – Fusión transfronteriza – Directiva 78/855/CEE – Directiva 2005/56/CE – Fusión por absorción – Protección de los acreedores – Transferencia de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente), *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.
137. Asunto C-353/15: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de mayo de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por la Corte di Appello di Bari – Italia) – Leonmobili Srl, Gennaro Leone/Homag Holzbearbeitungssysteme GmbH y otros [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) n.º 1346/2000 – Artículo 3, apartados 1 y 2 – Procedimientos de insolvencia – Competencia internacional – Centro de los intereses principales del deudor – Traslado del domicilio de una sociedad a otro Estado miembro – Inexistencia de establecimiento en el Estado miembro de origen – Presunción de que el centro de los intereses principales es el lugar

del nuevo domicilio social – Prueba en contrario], *DOUE*, C, núm. 326, de 5 de septiembre de 2016.

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

138. Asunto C-163/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 4 de febrero de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – Youssef Hassan/Breiding Vertriebsgesellschaft mbH [Procedimiento prejudicial – Marca comunitaria – Reglamento (CE) no 207/2009 – Artículo 23 – Licencia – Registro de marcas comunitarias – Derecho del licenciataria a ejercitar una acción por violación pese a la falta de inscripción de la licencia en el Registro], *DOUE*, C, núm. 106, de 21 de marzo de 2016.
139. Asunto C-673/15 P: Recurso de casación interpuesto el 15 de diciembre de 2015 por The Tea Board contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 2 de octubre de 2015 en el asunto T-624/13: The Tea Board/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *DOUE*, C, núm. 106, de 21 de marzo de 2016.
140. Asunto C-674/15 P: Recurso de casación interpuesto el 15 de diciembre de 2015 por The Tea Board contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 2 de octubre de 2015 en el asunto T-625/13: The Tea Board/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *DOUE*, C, núm. 106, de 21 de marzo de 2016.
141. Asunto C-675/15 P: Recurso de casación interpuesto el 15 de diciembre de 2015 por The Tea Board contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 2 de octubre de 2015 en el asunto T-626/13: The Tea Board/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *DOUE*, C, núm. 106, de 21 de marzo de 2016.
142. Asunto C-676/15 P: Recurso de casación interpuesto el 15 de diciembre de 2015 por The Tea Board contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 2 de octubre de 2015 en el asunto T-627/13: The Tea Board/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *DOUE*, C, núm. 106, de 21 de marzo de 2016.
143. Asunto T-135/14: Sentencia del Tribunal General de 5 de febrero de 2016 – Kicktipp/OAMI – Società Italiana Calzature (kicktipp) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa kicktipp – Marca nacional denominativa anterior KICKERS – Regla 19 del Reglamento (CE) n.º 2868/95 – Regla 98, apartado 1, del Reglamento n.º 2868/95 – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 106, de 21 de marzo de 2016.

144. Asunto T-247/14: Sentencia del Tribunal General de 4 de febrero de 2016 – Meica/OAMI – Salumificio Fratelli Beretta (STICK MiniMINI Beretta) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa STICK MiniMINI Beretta – Marca comunitaria denominativa anterior MINI WINI – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) no 207/2009 – Artículo 8, apartado 3, del Reglamento (CE) no 216/96»], *DOUE*, C, núm. 106, de 21 de marzo de 2016.
145. Asunto T-842/14: Sentencia del Tribunal General de 5 de febrero de 2016 – Airpressure Bodyforming/OAMI (Slim legs by airpressure bodyforming) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Slim legs by airpressure bodyforming – Denegación del registro por el examinador – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 106, de 21 de marzo de 2016.
146. Asunto T-797/14: Auto del Tribunal General de 28 de diciembre de 2015 – Skype/OAMI – Sky International (SKYPE) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 106, de 21 de marzo de 2016.
147. Asunto T-277/15: Auto del Tribunal General de 26 de enero de 2016 – Permapore/OAMI – José Joaquim Oliveira II – Jardins & Afins (Terraway) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Terraway – Marcas denominativas anteriores, nacional e internacional, TERRAWAY – Desestimación parcial de la oposición – Incumplimiento de la obligación de pago de la tasa de recurso dentro de plazo – Resolución de la Sala de Recurso por la que se declara el recurso no presentado – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»), *DOUE*, C, núm. 106, de 21 de marzo de 2016.
148. Asunto T-540/14: Auto del Tribunal General de 19 de enero de 2016 – Klass/OAMI – F. Smit (PLAYSEAT y PLAYSEATS), *DOUE*, C, núm. 106, de 21 de marzo de 2016.
149. Asuntos acumulados T-711/13 y T-716/13: Sentencia del Tribunal General de 18 de febrero de 2016 – Harrys Pubar y Harry's New York Bar/OAMI – Harry's New York Bar y Harrys Pubar (HARRY'S BAR) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa HARRY'S BAR – Marca nacional figurativa anterior PUB CASINO Harrys RESTAURANG – Denegación parcial del registro – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 111, de 29 de marzo de 2016.
150. Asuntos acumulados T-84/14 y T-97/14: Sentencia del Tribunal General de 18 de febrero de 2016 – Harrys Pubar y Harry's New York Bar/OAMI – Harry's New York Bar y Harrys Pubar (HARRY'S NEW YORK BAR) [«Marca comunitaria – Procedi-

miento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa HARRY'S NEW YORK BAR – Marca nacional figurativa anterior PUB CASINO Harrys RESTAURANG – Denegación parcial del registro – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», *DOUE*, C, núm. 111, de 29 de marzo de 2016.

151. Asunto T-364/14: Sentencia del Tribunal General de 18 de febrero de 2016 – Penny-Markt/OAMI – Boquoi Handels (B!O) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa B!O – Marca comunitaria denominativa anterior bo – Motivo de denegación relativo – Artículos 53, apartado 1, letra a), y 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 111, de 29 de marzo de 2016.
152. Asunto T-30/15: Sentencia del Tribunal General de 19 de febrero de 2016 – Infinite Cycle Works/OAMI – Chance Good Ent. (INFINITY) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa INFINITY – Marca comunitaria denominativa anterior INFINI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) no 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 111, de 29 de marzo de 2016.
153. Asunto C-396/15 P: Recurso de casación interpuesto el 21 de julio de 2015 por Shoe Branding Europe BVBA contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 21 de mayo de 2015 en el asunto T-145/14, adidas AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), *DOUE*, C, núm. 118, de 4 de abril de 2016.
154. Asunto C-655/15 P: Recurso de casación interpuesto el 7 de diciembre de 2015 por Panrico, S. A. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) dictada el 7 de octubre de 2015 en el asunto T-534/13, Panrico/OAMI, *DOUE*, C, núm. 118, de 4 de abril de 2016.
155. Asunto T-210/14: Sentencia del Tribunal General de 26 de febrero de 2016 – Mederer/OAMI – Cadbury Netherlands International Holdings (Gummi Bear-Rings) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca figurativa Gummi Bear-Rings – Marca nacional figurativa anterior GUMMY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 118, de 4 de abril de 2016.
156. Asunto T-402/14: Sentencia del Tribunal General de 25 de febrero de 2016 – FCC Aqualia/OAMI – Sociedad General de Aguas de Barcelona (AQUALOGY) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa AQUALOGY – Marca comunitaria denominativa anterior AQUALIA y marca nacional figurativa anterior aqualia – Motivos de denega-

- ción relativos – Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009», *DOUE*, C, núm. 118, de 4 de abril de 2016.
157. Asunto T-411/14: Sentencia del Tribunal General de 24 de febrero de 2016 – Coca-Cola/OAMI (Forma de una botella curvada sin estrías) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma de una botella curvada sin estrías – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) no 207/2009 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento no 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 118, de 4 de abril de 2016.
158. Asunto T-543/14: Sentencia del Tribunal General de 26 de febrero de 2016 – provima Warenhandels/OAMI – Renfro (HOT SOX) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca denominativa HOT SOX – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter descriptivo – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 118, de 4 de abril de 2016.
159. Asunto T-692/14: Sentencia del Tribunal General de 25 de febrero de 2016 – Puma/OAMI – Sinda Poland (Representación de un animal) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa que representa a un animal – Marcas internacionales figurativas anteriores que representan a un puma – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 118, de 4 de abril de 2016.
160. Asunto T-761/14: Sentencia del Tribunal General de 23 de febrero de 2016 – Consolidated Artists/OAMI – Body Cosmetics International (MANGO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa MANGO – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) no 207/2009 – Artículo 52, apartado 2, del Reglamento no 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 118, de 4 de abril de 2016.
161. Asunto T-816/14: Sentencia del Tribunal General de 24 de febrero de 2016 – Tayto Group/OAMI – MIP Metro (REAL HAND COOKED) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa REAL HAND COOKED – Marca nacional figurativa anterior real QUALITY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Desviación de poder – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículos 64, 75, 76 y 83 del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 118, de 4 de abril de 2016.
162. Asunto C-251/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 4 de febrero de 2016 – Emsibeth SpA/Oficina de Armonización

- del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI) [Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Marca comunitaria – Solicitud de registro de la marca figurativa Nael – Oposición del titular de la marca comunitaria denominativa anterior Mc Neal – Denegación del registro – Reglamento (CE) no 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Determinación del público pertinente – Apreciación del grado de atención del público pertinente – Apreciación de la comparación de los productos, de la similitud de los signos y del riesgo de confusión], *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
163. Asunto C-382/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de enero de 2016 – Skype Ultd/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), Sky plc, anteriormente British Sky Broadcasting Group plc, Sky IP International Ltd (Recurso de casación – Marca comunitaria – Sobreseimiento), *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
164. Asunto C-383/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de enero de 2016 – Skype Ultd/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), Sky plc, anteriormente British Sky Broadcasting Group plc, Sky IP International Ltd (Recurso de casación – Marca comunitaria – Sobreseimiento), *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
165. Asunto C-384/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de enero de 2016 – Skype Ultd/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), Sky plc, anteriormente British Sky Broadcasting Group plc, Sky IP International Ltd (Recurso de casación – Marca comunitaria – Sobreseimiento), *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
166. Asunto C-170/15 P: Recurso de casación interpuesto el 14 de abril de 2015 por Enercon GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) dictada el 28 de enero de 2015 en el asunto T-655/13, Enercon GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
167. Asunto T-40/09: Sentencia del Tribunal General de 1 de marzo de 2016 – Advance Magazine Publishers/OAMI – Selecciones Americanas (VOGUE CAFÉ) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Marca comunitaria denominativa VOGUE CAFÉ – Marcas nacionales figurativas anteriores Vogue y VOGUE studio y solicitud de marca comunitaria figurativa VOGUE – Uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
168. Asunto T-538/14: Sentencia del Tribunal General de 1 de marzo de 2016 – Peri/OAMI (Multiprop) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Multiprop – Motivos de

- denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009 – Obligación de motivación», *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
169. Asunto T-557/14: Sentencia del Tribunal General de 1 de marzo de 2016 – BrandGroup/OAMI – Brauerei S. Riegele, Inh. Riegele (SPEZOOMIX) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SPEZOOMIX – Marca comunitaria denominativa anterior Spezi – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
170. Asunto T-778/14: Sentencia del Tribunal General de 3 de marzo de 2016 – Ugly/OAMI – Group Lottuss (COYOTE UGLY) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa COYOTE UGLY – Motivos de denegación relativos – Caducidad de la marca comunitaria denominativa anterior – Artículo 8, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Inexistencia de marca no registrada – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento n.º 207/2009 – Inexistencia de marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París – Artículo 8, apartado 2, letra c), del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
171. Asunto T-846/14: Sentencia del Tribunal General de 21 de enero de 2016 – SpokeY/OAMI – Leder Jaeger (SPOKeY) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa SPOKeY – Marca comunitaria denominativa anterior SPOOKY – Declaración de nulidad parcial – Artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009 – Examen de las pruebas – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento n.º 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
172. Asunto T-61/15: Sentencia del Tribunal General de 1 de marzo de 2016 – 1&1 Internet/OAMI – Unoe Bank (1e1) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa 1e1 – Marca nacional denominativa anterior UNO E y marca nacional figurativa anterior unoe – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
173. Asuntos acumulados T-279/15 a T-282/15: Sentencia del Tribunal General de 23 de febrero de 2016 – Pirelli Tyre/OAMI (Revestimientos neumáticos y otros) («Dibujo o modelo comunitario – Dibujos o modelos comunitarios que representan revestimientos

neumáticos y bandas de rodadura para ruedas de vehículos – Falta de solicitud de renovación y cancelación del dibujo o modelo al expiar el registro – Demanda de restituito in integrum y solicitud de renovación del dibujo o modelo», *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.

174. Asunto T-58/15: Auto del Tribunal General de 16 de febrero de 2016 – Ludwig Bertram/OAMI – Seni Vita (Sanivita), *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
175. Asunto T-177/15: Auto del Tribunal General de 15 de febrero de 2016 – Grandel/OAMI – Beautyge Beauty Group (Beautygen), *DOUE*, C, núm. 136, de 18 de abril de 2016.
176. Asunto C-374/15 P: Recurso de casación interpuesto el 15 de julio de 2015 por Harper Hygienics S. A. contra la sentencia del Tribunal General dictada el 13 de mayo de 2015 en el asunto T-363/12, Harper Hygienics/OAMI – Clinique Laboratories (CLEANIC natural beauty), *DOUE*, C, núm. 145, de 25 de abril de 2016.
177. Asunto T-53/15: Sentencia del Tribunal General de 10 de marzo de 2016 – credentis/OAMI – Aldi Karlslunde (Curodont) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Curodont – Marca nacional denominativa anterior Eurodont – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 145, de 25 de abril de 2016.
178. Asunto T-160/15: Sentencia del Tribunal General de 10 de marzo de 2016 – LG Développement/OAMI – Bayerische Motoren Werke (MINICARGO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa MINICARGO – Marca comunitaria denominativa anterior MINI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) no 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 145, de 25 de abril de 2016.
179. Asunto T-681/13: Auto del Tribunal General de 26 de febrero de 2016 – Colomer Italy/OAMI – Farmaca International (INTERCOSMO ESTRO) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 145, de 25 de abril de 2016.
180. Asunto T-89/16 P: Recurso de casación interpuesto el 26 de febrero de 2016 por Nicole Clarke, Sigrid Dickmanns y Elisavet Papatthanasios contra la sentencia dictada por el Tribunal de la Función Pública el 15 de diciembre de 2015 en los asuntos acumulados F-101/14, F-102/14 y F-103/14, Clarke y otros/EUIPO, *DOUE*, C, núm. 145, de 25 de abril de 2016.
181. Asunto C-179/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 3 de marzo de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék – Hungría) – Daimler AG/Együd Garage Gépjárműjavító és Értékesítő Kft. (Procedi-

- miento prejudicial – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 5, apartado 1 – Anuncios relativos a un tercero accesibles en Internet – Uso no autorizado de la marca – Anuncios publicados en línea sin el conocimiento ni el consentimiento del tercero o mantenidos en línea pese a la oposición de éste – Acción del titular de la marca contra dicho tercero), *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
182. Asunto C-252/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 17 de marzo de 2016 – Naazneen Investments Ltd/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Energy Brands, Inc. [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) no 207/2009 – Procedimiento de caducidad – Artículo 51, apartado 1, letra a) – Marca comunitaria denominativa SMART WATER – Uso efectivo – Obligación de motivación – Artículo 75], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
183. Asunto C-93/16: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección octava (España) el 15 de febrero de 2016 – The Irish Dairy Board Co-operative Limited/Tindale & Stanton Ltd España, S. L., *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
184. Asunto T-501/13: Sentencia del Tribunal General de 18 de marzo de 2016 – Karl-May-Verlag/OAMI – Constantin Film Produktion (WINNETOU) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa WINNETOU – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 52, apartados 1 y 2, del Reglamento n.º 207/2009 – Principios de autonomía y de independencia de la marca comunitaria – Obligación de motivación»], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
185. Asunto T-645/13: Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2016 – Nezi/OAMI – Etam (E) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa E – Marca comunitaria figurativa anterior E – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Notoriedad – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
186. Asunto T-201/14: Sentencia del Tribunal General de 16 de marzo de 2016 – The Body Shop International/OAMI – Spa Monopole (SPA WISDOM) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SPA WISDOM – Marca Benelux denominativa anterior SPA – Motivos de denegación relativos – Provecho indebidamente obtenido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.

187. Asunto T-785/14: Sentencia del Tribunal General de 18 de marzo de 2016 – El Corte Inglés/OAMI – STD Tekstil (MOTORTOWN) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa MOTORTOWN – Marca internacional figurativa anterior M MOTOR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
188. Asunto T-33/15: Sentencia del Tribunal General de 18 de marzo de 2016 – Grupo Bimbo/OAMI (BIMBO) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa BIMBO – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
189. Asunto T-78/15: Sentencia del Tribunal General de 17 de marzo de 2016 – Mudhook Marketing/OAMI (IPVanish) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa IPVanish – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
190. Asunto T-90/15: Sentencia del Tribunal General de 16 de marzo de 2016 – Schoeller Corporation/OAMI – Sqope (SCOPE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa SCOPE – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
191. Asunto T-363/15: Sentencia del Tribunal General de 16 de marzo de 2016 – Työhönvalmennus Valma/OAMI (Forma de una caja de juegos que contiene bloques de madera) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma de una caja de juegos que contiene bloques de madera – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento no 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.
192. Asunto T-840/14: Auto del Tribunal General de 11 de marzo de 2016 – International Gaming Projects/OAMI – Sky (Sky BONUS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Sky BONUS – Marca nacional denominativa anterior SKY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Limitación de los productos designados en la solicitud de marca – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Inadmisibilidad»], *DOUE*, C, núm. 156, de 2 de mayo de 2016.

193. Asunto C-476/15 P: Recurso de casación interpuesto el 7 de septiembre de 2015 por Grupo Bimbo, S. A. B. de C. V. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 29 de junio de 2015 en el asunto T-618/14, Grupo Bimbo/OAMI, *DOUE*, C, núm. 165, de 10 de mayo de 2016.
194. Asunto T-713/15: Auto del Tribunal General de 16 de marzo de 2016 – Pharm-a-care Laboratories/OAMI – Pharmavite (VITAMELTS) («Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 175, de 17 de mayo de 2016.
195. Asunto C-440/15 P: Recurso de casación interpuesto el 10 de agosto de 2015 por AgriCapital Corp. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 10 de junio de 2015 en el asunto T-514/13, AgriCapital Corp./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), *DOUE*, C, núm. 191, de 30 de mayo de 2016.
196. Asunto C-487/15 P: Recurso de casación interpuesto el 10 de septiembre de 2015 por Deutsche Rockwool Mineralwoll GmbH & Co. OHG contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 8 de julio de 2015 en el asunto T-548/12, Deutsche Rockwool Mineralwoll GmbH & Co. OHG/OAMI, *DOUE*, C, núm. 191, de 30 de mayo de 2016.
197. Asunto C-71/16 P: Recurso de casación interpuesto el 9 de febrero de 2016 por Comercializadora Eloro, S. A. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) dictada el 9 de diciembre de 2015 en el asunto T-354/14, Comercializadora Eloro/OAMI – Zumex Group (Zumex), *DOUE*, C, núm. 191, de 30 de mayo de 2016.
198. Asunto T-198/14: Sentencia del Tribunal General de 19 de abril de 2016 – 100 % Capri Italia/EUIPO – IN. PRO. DI (100 % Capri) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión 100 % Capri – Marca figurativa anterior de la Unión CAPRI – Motivo de denegación relativo – Carácter distintivo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 191, de 30 de mayo de 2016.
199. Asunto T-326/14: Sentencia del Tribunal General de 19 de abril de 2016 – Novomatic/EUIPO – Granini France (HOT JOKER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión HOT JOKER – Marca nacional figurativa anterior Joker – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009 – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 191, de 30 de mayo de 2016.
200. Asunto T-613/14: Sentencia del Tribunal General de 7 de abril de 2016 – Industrias Tomás Morcillo/EUIPO – Aucar Trailer

(Polycart A Whole Cart Full of Benefits) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Polycart A Whole Cart Full of Benefits – Marca figurativa anterior de la Unión POLICAR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 191, de 30 de mayo de 2016.

201. Asunto T-638/14: Sentencia del Tribunal General de 8 de abril de 2016 – Frinsa del Noroeste/EUIPO – Frisa Frigorífico Rio Doce (FRISA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión FRISA – Marca figurativa anterior de la Unión Frinsa – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de la marca anterior – Presentación de hechos y pruebas nuevos en apoyo de un recurso interpuesto ante el Tribunal – Facultad de modificación – Artículo 42, apartados 2 y 3, artículo 65 y artículo 76, apartado 1, in fine, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Regla 22, apartados 2 a 4, del Reglamento (CE) n.º 2868/95»], *DOUE*, C, núm. 191, de 30 de mayo de 2016.
202. Asunto T-8/15: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2016 – Auyantepui Corp./EUIPO – Magda Rose (Mr Jones) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Mr Jones – Marca internacional figurativa anterior Jones – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 191, de 30 de mayo de 2016.
203. Asunto T-20/15: Sentencia del Tribunal General de 14 de abril de 2016 – Henkell & Co. Sektkellerei/EUIPO – Ciacci Piccolomini d’Aragona di Bianchini (PICCOLOMINI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión PICCOLOMINI – Marca denominativa anterior de la Unión PICCOLO – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 191, de 30 de mayo de 2016.
204. Asunto T-81/15: Sentencia del Tribunal General de 13 de abril de 2016 – Facchinello/EUIPO – Olimpia Splendid (Synthesis) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión Synthesis – Falta de uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal General»], *DOUE*, C, núm. 191, de 30 de mayo de 2016.
205. Asunto T-261/15: Sentencia del Tribunal General de 19 de abril de 2016 – Spirig Pharma/EUIPO (Daylong) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Daylong – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 191, de 30 de mayo de 2016.

206. **Asunto T-361/15: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2016 – Choice/EUIPO (Choice chocolate & ice cream) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Choice chocolate & ice cream – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 191, de 30 de mayo de 2016.**
207. **Asunto T-535/15: Auto del Tribunal General de 18 de marzo de 2016 – CBM/OAMI – ID Group (Fashion ID) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 191, de 30 de mayo de 2016.**
208. **Asunto C-346/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 25 de febrero de 2016 – Steinbeck GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Alfred Sternjakob GmbH & Co. KG [Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Marcas comunitarias denominativas BE HAPPY – Declaración de nulidad – Reglamento (CE) no 207/2009 – Artículo 7, apartado 1, letra b) – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo], DOUE, C, núm. 200, de 6 de junio de 2016.**
209. **Asunto C-139/16: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Burgos (España) el 7 de marzo de 2016 – Juan Moreno Marín, María Almudena Benavente Cardaba y Rodrigo Moreno Benavente/Abadía Retuerta, S. A., DOUE, C, núm. 200, de 6 de junio de 2016.**
210. **Asunto T-77/15: Sentencia del Tribunal General de 20 de abril de 2016 – Tronios Group International/EUIPO – (SkyTec) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión SkyTec – Marca nacional denominativa anterior SKY – Motivo de denegación relativo – Caducidad por tolerancia – Artículo 54, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento no 207/2009»], DOUE, C, núm. 200, de 6 de junio de 2016.**
211. **Asunto T-295/15: Auto del Tribunal General de 18 de abril de 2016 – Zhang/EUIPO – K & L Ruppert Stiftung (Anna Smith) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Anna Smith – Marca denominativa anterior de la Unión SMITH – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Recurso en parte manifiestamente inadmisibles y en parte manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 200, de 6 de junio de 2016.**
212. **Asunto T-475/15: Auto del Tribunal General de 4 de abril de 2016 – L'Oréal/EUIPO – LR Health & Beauty Systems (LR) («Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Retirada de la marca – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 200, de 6 de junio de 2016.**

213. Asunto T-536/15: Auto del Tribunal General de 18 de marzo de 2016 – CBM/OAMI – *İD Group (Fashion ID)* («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 200, de 6 de junio de 2016.
214. Asunto T-592/15: Auto del Tribunal General de 18 de marzo de 2016 – Novartis/OAMI – *SK Chemicals (Representación de un parche)* («Marca comunitaria – Procedimiento de anulación – Revocación de la resolución impugnada – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 200, de 6 de junio de 2016.
215. Asunto C-163/16: Petición de decisión prejudicial planteada por el *Rechtbank Den Haag (Países Bajos)* el 21 de marzo de 2016 – *Christian Louboutin, Christian Louboutin SAS/Van Haren Schoenen BV*, *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.
216. Asunto T-267/14: Sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2016 – *Zehnder Group International/EUIPO – Stiebel Eltron (comfotherm)* [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión *comfotherm* – Marca nacional denominativa anterior *KOMFOTHERM* – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos – Público pertinente – Interdependencia de los criterios»], *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.
217. Asunto T-777/14: Sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2016 – *Fon Wireless/EUIPO – Henniger (Neofon)* [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión *Neofon* – Marca nacional denominativa anterior *FON* – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.
218. Asunto T-803/14: Sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2016 – *Gervais Danone/EUIPO – Mahou (B'lue)* [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión *B'lue* – Marca denominativa anterior de la Unión *BLU DE SAN MIGUEL* – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.
219. Asunto T-21/15: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2016 – *Franmax/EUIPO – Ehrmann (Dino)* [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión *Dino* – Marca figurativa anterior de la Unión que representa un dinosaurio – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.
220. Asunto T-54/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2016 – *Jääkiekon SM-liiga/EUIPO (Liiga)* [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión *Liiga* – Moti-

vos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009», *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.

221. Asunto T-89/15: Sentencia del Tribunal General de 27 de abril de 2016 – Niagara Bottling/EUIPO (NIAGARA) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa NIAGARA – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.
222. Asunto T-144/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2016 – L’Oréal/EUIPO – Theralab (VICHY LABORATOIRES V IDÉALIA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión VICHY LABORATOIRES V IDÉALIA – Marca denominativa anterior de la Unión IDEALINA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.
223. Asunto T-806/14: Sentencia del Tribunal General de 10 de mayo de 2016 – August Storck/EUIPO (Representación de un paquete de forma cuadrada blanco y azul) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa que representa un paquete de forma cuadrada blanco y azul – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», *DOUE*, C, núm. 222, de 20 de junio de 2016.
224. Asunto T-193/15: Sentencia del Tribunal General de 4 de mayo de 2016 – Bodegas Williams & Humbert/EUIPO – Central Hisumer (BOTANIC WILLIAMS & HUMBERT LONDON DRY GIN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BOTANIC WILLIAMS & HUMBERT LONDON DRY GIN – Marca denominativa anterior de la Unión THE BOTANICALS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», *DOUE*, C, núm. 222, de 20 de junio de 2016.
225. Asunto T-454/15: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2016 – Laboratorios Ern/EUIPO – Werner (Dynamic Life) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Dynamic Life – Marca nacional denominativa anterior DYNAMIN – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», *DOUE*, C, núm. 222, de 20 de junio de 2016.

226. **Asunto T-503/15: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2016 – Aranynektár/EUIPO – Naturval Apícola (Natur-bal)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Natür-bal – Marca denominativa anterior de la Unión NATURVAL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 222, de 20 de junio de 2016.
227. **Asunto T-326/15: Auto del Tribunal General de 20 de abril de 2016 – Dima/EUIPO (Forma de un recipiente compuesto por dos cubos abiertos)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión Europea – Forma de un recipiente compuesto por dos cubos abiertos – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], *DOUE*, C, núm. 222, de 20 de junio de 2016.
228. **Asunto T-383/15: Auto del Tribunal General de 20 de abril de 2016 – Dima/EUIPO (Forma de una caja cúbica abierta)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de una caja cúbica abierta – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], *DOUE*, C, núm. 222, de 20 de junio de 2016.
229. **Asuntos acumulados T-322/14 y T-325/14: Sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2016 – mobile.international/EUIPO – Rezon (mobile.de)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marcas denominativa y figurativa de la Unión mobile.de – Marca nacional figurativa anterior mobile – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 15, apartado 1; artículo 57, apartado 2, y artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Regla 40, apartado 6, del Reglamento (CE) n.º 2868/95»], *DOUE*, C, núm. 232, de 27 de junio de 2016.
230. **Asunto T-590/14: Sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2016 – Zuffa/EUIPO (ULTIMATE FIGHTING CHAMPIONSHIP)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión ULTIMATE FIGHTING CHAMPIONSHIP – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Adquisición del carácter distintivo como consecuencia del uso – Obligación de motivación – Público pertinente – Artículo 7, apartados 1, letras b) y c), 2 y 3, y artículo 75 del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 232, de 27 de junio de 2016.
231. **Asunto T-643/14: Sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2016 – Red Lemon/EUIPO – Lidl Stiftung (ABTRONIC)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ABTRONIC –

- Marca denominativa anterior de la Unión TRONIC – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Carácter distintivo intrínseco mínimo de la marca anterior – Riesgo de confusión», *DOUE*, C, núm. 232, de 27 de junio de 2016.
232. Asunto T-749/14: Sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2016 – Chung-Yuan Chang/EUIPO – BSH Hausgeräte (AROMA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea de la marca denominativa AROMA – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», *DOUE*, C, núm. 232, de 27 de junio de 2016.
233. Asunto T-750/14: Sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2016 – Ivo-Kermartin/EUIPO – Ergo Versicherungsgruppe (ELGO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ELGO – Marcas denominativas y figurativas anteriores de la Unión ERGO – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Riesgo de confusión – Limitaciones sucesivas de la solicitud de registro – Artículo 43, apartado 1, del Reglamento n.º 207/2009 – Artículo 75, segunda frase, del Reglamento n.º 207/2009 – Derecho a ser oído – Regla 69 del Reglamento (CE) n.º 2868/95», *DOUE*, C, núm. 232, de 27 de junio de 2016.
234. Asunto T-775/14: Sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2016 – Red Lemon/EUIPO – Lidl Stiftung (ABTRONIC) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ABTRONIC – Marca denominativa anterior de la Unión TRONIC – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Carácter distintivo intrínseco mínimo de la marca anterior – Riesgo de confusión», *DOUE*, C, núm. 232, de 27 de junio de 2016.
235. Asunto T-776/14: Sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2016 – Red Lemon/EUIPO – Lidl Stiftung (ABTRONICX2) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ABTRONICX2 – Marca denominativa anterior de la Unión TRONIC – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Carácter distintivo intrínseco mínimo de la marca anterior – Riesgo de confusión», *DOUE*, C, núm. 232, de 27 de junio de 2016.
236. Asunto T-844/14: Sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2016 – GRE/EUIPO (Mark1) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Mark1 – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7,

apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», *DOUE*, C, núm. 232, de 27 de junio de 2016.

237. Asunto T-32/15: Sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2016 – GRE/EUIPO (Mark1) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Mark1 – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», *DOUE*, C, núm. 232, de 27 de junio de 2016.
238. Asunto T-62/15: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2016 – Market Watch/EUIPO – El Corte Inglés (MITOCHRON) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MITOCHRON – Marca figurativa anterior de la Unión mito – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», *DOUE*, C, núm. 232, de 27 de junio de 2016.
239. Asunto T-298/15: Sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2016 – Atlas/EUIPO (EFEKT PERLENIA) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión EFEKT PERLENIA – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», *DOUE*, C, núm. 232, de 27 de junio de 2016.
240. Asunto T-312/15: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2016 – Market Watch/EUIPO – Glaxo Group (MITOCHRON) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MITOCHRON – Marca nacional denominativa anterior MIVACRON – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», *DOUE*, C, núm. 232, de 27 de junio de 2016.
241. Asunto T-753/14: Sentencia del Tribunal General de 25 de mayo de 2016 – Ice Mountain Ibiza/EUIPO – Etyam (ocean beach club ibiza) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ocean beach club ibiza – Marcas nacionales figurativa y denominativa anteriores ocean drive Ibiza-hotel y OCEAN THE GROUP – Declaración de nulidad de la marca anterior en la que se basa la resolución impugnada – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 243, de 4 de julio de 2016.
242. Asunto T-5/15: Sentencia del Tribunal General de 25 de mayo de 2016 – Ice Mountain Ibiza/EUIPO – Marbella Atlantic Ocean Club (ocean beach club ibiza) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ocean beach club ibiza – Marcas nacionales figurativas anteriores OC ocean club y OC ocean club Ibiza – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», *DOUE*, C, núm. 243, de 4 de julio de 2016.

243. Asunto T-6/15: Sentencia del Tribunal General de 25 de mayo de 2016 – Ice Mountain Ibiza/EUIPO – Marbella Atlantic Ocean Club (ocean ibiza) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ocean ibiza – Marcas nacionales figurativas anteriores OC ocean club y OC ocean club Ibiza – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 243, de 4 de julio de 2016.
244. Asunto T-126/15: Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2016 – El Corte Inglés/EUIPO – Grup Supeco Maxor (Supeco) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Supeco – Marca figurativa anterior de la Unión SUPER COR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Amplitud del examen efectuado por la Sala de Recurso – Productos y servicios en los que se basó la oposición – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Regla 15, apartado 2, letra f), del Reglamento (CE) n.º 2868/95 – Comunicación n.º 2/12»], *DOUE*, C, núm. 243, de 4 de julio de 2016.
245. Asuntos T-422/15 y T-423/15: Sentencia del Tribunal General de 25 de mayo de 2016 – U-R LAB/EUIPO (THE DINING EXPERIENCE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marcas figurativa y denominativa de la Unión THE DINING EXPERIENCE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 243, de 4 de julio de 2016.
246. Asunto T-292/12 RENV: Sentencia del Tribunal General de 1 de junio de 2016 – Mega Brands/EUIPO – Diset (MAGNEXT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MAGNEXT – Marca nacional denominativa anterior MAGNET 4 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 251, de 11 de julio de 2016.
247. Asunto T-454/14: Sentencia del Tribunal General de 31 de mayo de 2016 – Warimex/EUIPO (STONE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión STONE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 251, de 11 de julio de 2016.
248. Asuntos acumulados T-510/14 y T-536/14: Sentencia del Tribunal General de 2 de junio de 2016 – Staywell Hospitality Group y Sheraton International IP/EUIPO – Sheraton International IP y Staywell Hospitality Group (PARK REGIS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión PARK REGIS – Marca figurativa anterior de la

- Unión ST. REGIS – Denegación parcial del registro – Artículo 64, apartado 1, del Reglamento n.º 207/2009 – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 251, de 11 de julio de 2016.**
- 249. Asunto T-654/14: Sentencia del Tribunal General de 2 de junio de 2016 – Revolution/EUIPO (REVOLUTION) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión REVO-LUTION – Marca constituida por un eslogan publicitario – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 251, de 11 de julio de 2016.**
- 250. Asunto T-34/15: Sentencia del Tribunal General de 1 de junio de 2016 – Wolf Oil/EUIPO – SCT Lubricants (CHEMPIOIL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa la Unión Europea – Marca denominativa CHEMPIOIL – Marca figurativa anterior CHAMPION – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Examen de oficio de los hechos – Obligación de motivación – Derecho de defensa – Artículos 75 y 76 del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 251, de 11 de julio de 2016.**
- 251. Asunto T-99/15: Sentencia del Tribunal General de 26 de mayo de 2016 – Sfera Joven/EUIPO – Las banderas del Mediterráneo (NOOSFERA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Marca denominativa de la Unión Europea NOOSFE-RA – Marcas nacionales denominativas y figurativas anteriores SFERA, Sfera colours y sfera CENTROS – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 251, de 11 de julio de 2016.**
- 252. Asunto T-240/15: Sentencia del Tribunal General de 1 de junio de 2016 – Grupo Bimbo/EUIPO (Forma de una barra con cuatro círculos) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridi-mensional de la Unión Europea – Forma de una barra con cuatro círculos – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Derecho de defensa – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009 – Obligación de motivación»], *DOUE*, C, núm. 251, de 11 de julio de 2016.**
- 253. Asunto T-254/15: Sentencia del Tribunal General de 26 de mayo de 2016 – Aldi Einkauf/EUIPO – Dyado Liben (Casale Fresco) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Casale Fresco – Marca denominativa anterior de la Unión FREZCO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 251, de 11 de julio de 2016.**

254. Asunto T-301/15: Sentencia del Tribunal General de 31 de mayo de 2016 – Jochen Schweizer/EUIPO (Du bist, was du erlebst.) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Du bist, was du erlebst. – Motivo de denegación absoluto – Marca consistente en un eslogan publicitario – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 251, de 11 de julio de 2016.
255. Asunto T-331/15: Sentencia del Tribunal General de 26 de mayo de 2016 – Bimbo/EUIPO (THE SNACK COMPANY) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión THE SNACK COMPANY – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Igualdad de trato – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 251, de 11 de julio de 2016.
256. Asunto T-805/14: Auto del Tribunal General de 25 de mayo de 2016 – Stagecoach Group/EUIPO (MEGABUS. COM) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión MEGABUS. COM – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento n.º 207/2009 – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento n.º 207/2009 – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009 – Recurso manifiestamente inadmisibles y manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], *DOUE*, C, núm. 260, de 18 de julio de 2016.
257. Asunto T-324/15: Auto del Tribunal General de 10 de mayo de 2016 – Volkswagen/EUIPO – Andrã (BAG PAX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión BAG PAX – Uso efectivo de la marca – Artículo 15, apartado 1, letra a), y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], *DOUE*, C, núm. 260, de 18 de julio de 2016.
258. Asunto T-614/14: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2016 – Fútbol Club Barcelona/EUIPO – Kule (KULE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión KULE – Marcas nacionales denominativas anteriores y marca notoria CULE – Motivos de denegación relativos – Falta de uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 270, de 25 de julio de 2016.
259. Asunto T-789/14: Sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2016 – Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen/EUIPO –

Meissen Keramik (MEISSEN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión MEISSEN – Marcas de la Unión y nacionales denominativas y figurativa anteriores MEISSEN, MEISSENER PORZELLAN, HAUS MEISSEN, Meissen y Meissener Porzellan – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Carácter distintivo y notoriedad de las marcas anteriores – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento n.º 207/2009 – Uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 207/2009 – Artículo 15, apartado 1, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 270, de 25 de julio de 2016.

260. Asunto T-385/15: Sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2016 – Loops/EUIPO (Forma de un cepillo de dientes) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca tridimensional – Forma de un cepillo de dientes – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 270, de 25 de julio de 2016.
261. Asunto T-583/15: Sentencia del Tribunal General de 8 de junio de 2016 – Monster Energy/EUIPO (Representación de un símbolo de la paz) («Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Europea que representa un símbolo de la paz – Petición de restituito in integrum – Incumplimiento del plazo para interponer recurso ante el Tribunal»), *DOUE*, C, núm. 270, de 25 de julio de 2015.
262. Asunto T-585/15: Sentencia del Tribunal General de 8 de junio de 2016 – Monster Energy/EUIPO (GREEN BEANS) («Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Europea GREEN BEANS – Petición de restituito in integrum – Incumplimiento del plazo para interponer recurso ante el Tribunal»), *DOUE*; C, núm. 270, de 25 de julio de 2016.
263. Asunto T-362/14: Auto del Tribunal General de 26 de mayo de 2016 – REWE-Zentral/EUIPO – Vicente Gandía Pla (MY PLANET) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 270, de 25 de julio de 2016.
264. Asunto C-232/15 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 21 de abril de 2016 – ultra air GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, Donaldson Filtration Deutschland GmbH [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Marca denominativa de la Unión Europea ultra.air ultrafilter – Procedimiento de nulidad – Motivo de denegación absoluto o de nulidad – Carácter descriptivo – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículos 7, apartado 1, letras b) y c), y 52, apartado 1, letra a) – Declaración de nulidad por la Sala de Recurso – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Recurso de casación en parte manifiestamente inadmisibles y en parte

- manifiestamente infundado], *DOUE*, C, núm. 279, de 1 de agosto de 2016.
265. Asunto T-220/15: Auto del Tribunal General de 7 de junio de 2016 – Beele Engineering/EUIPO (WE CARE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Europea WE CARE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 279, de 1 de agosto de 2016.
266. Asunto T-222/15: Auto del Tribunal General de 7 de junio de 2016 – Beele Engineering/EUIPO (WE CARE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Europea WE CARE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 279, de 1 de agosto de 2016.
267. Asunto T-656/14: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2016 – Peri/EUIPO (forma de una cerradura de encofrado) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión Europea – Forma de una cerradura de encofrado – Motivo de denegación absoluto – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 287, de 8 de agosto de 2016.
268. Asuntos acumulados T-727/14 y T-728/14: Sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 2016 – Universal Protein Supplements/EUIPO – H Young Holdings (animal) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marcas figurativas de la Unión animal – Marca nacional denominativa anterior no registrada ANIMAL – Motivo de denegación relativo – Aplicación del Derecho nacional por la EUIPO – Artículo 53, apartado 1, letra c), y artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Precisiones sobre el derecho en el que se fundamenta la solicitud de nulidad – Regla 37, letra b), inciso ii), del Reglamento (CE) n.º 2868/95»], *DOUE*, C, núm. 287, de 8 de agosto de 2016.
269. Asunto T-134/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2016 – salesforce.com/EUIPO (SOCIAL. COM) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión SOCIAL. COM – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 287, de 8 de agosto de 2016.
270. Asunto C-291/16: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil no 8 de Barcelona (España) el 23 de mayo de 2016 – Schweppes S. A./Exclusivas Ramírez S. L. y otros, *DOUE*, C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.
271. Asunto T-518/13: Sentencia del Tribunal General de 5 de julio de 2016 – Future Enterprises/EUIPO – McDonald’s International

**Property (MACCOFFEE)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión MACCOFFEE – Marca denominativa anterior de la Unión McDONALD’S – Artículo 53, apartado 1, letra a), y artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Familia de marcas – Ventaja desleal obtenida del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Declaración de nulidad»], *DOUE*, C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.

272. **Asunto T-82/14: Sentencia del Tribunal General de 7 de julio de 2016 – Copernicus-Trademarks/EUIPO – Maquet (LUCO)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión LUCO – Motivo de denegación absoluto – Mala fe al presentar la solicitud de registro – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.
273. **Asunto T-567/14: Sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 2016 – Group/EUIPO – Iliev (GROUP Company TOURISM & TRAVEL)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión GROUP Company TOURISM & TRAVEL – Marcas nacionales figurativas anteriores no registradas GROUP Company TOURISM & TRAVEL – Motivo de denegación relativo – Aplicación del Derecho nacional – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Prueba del contenido del Derecho nacional – Regla 19, apartado 2, letra d), del Reglamento (CE) n.º 2868/95 – No consideración de las pruebas presentadas ante la Sala de Recurso – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.
274. **Asunto T-96/15: Sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2016 – Mozzetti/EUIPO – di Lelio (Alfredo alla Scrofa)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Alfredo alla Scrofa – Marca nacional denominativa anterior L’ORIGINALE ALFREDO – Solicitud de prueba de uso – Artículo 57, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.
275. **Asunto T-97/15: Sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2016 – Mozzetti/EUIPO – di Lelio (ALFREDO’S GALLERY alla Scrofa Roma)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión ALFREDO’S GALLERY alla Scrofa Roma – Marca nacional denominativa anterior L’ORIGINALE ALFREDO – Solicitud de prueba del uso efectivo – Artículo 57, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.

276. Asunto T-167/15: Sentencia del Tribunal General de 5 de julio de 2016 – Bundesverband Souvenir – Geschenke – Ehrenpreise/EUIPO – Freistaat Bayern (NEUSCHWANSTEIN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión NEUSCHWANSTEIN – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Falta de carácter descriptivo – Carácter distintivo – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009 – Inexistencia de mala fe»], *DOUE*, C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.
277. Asunto T-420/15: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2016 – Thun 1794/EUIPO – Adekor (Símbolos gráficos decorativos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa símbolos gráficos decorativos – Dibujo o modelo anterior – Motivo de nulidad – Divulgación del diseño o modelo anterior – Inexistencia de novedad – Artículos 5, 7 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 6/2002»], *DOUE*; C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.
278. Asunto T-431/15: Sentencia del Tribunal General de 7 de julio de 2016 – Fruit of the Loom/EUIPO – Takko (FRUIT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión FRUIT – Uso efectivo de la marca – Artículo 15 y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) no 207/2009 – Uso externo de la marca»], *DOUE*, C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.
279. Asunto T-629/15: Auto del Tribunal General de 17 de junio de 2016 – Hako/EUIPO (SCRUBMASTER) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión SCRUBMASTER – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], *DOUE*, C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.
280. Asunto T-4/16: Auto del Tribunal General de 2 de junio de 2016 – Rabbit/EUIPO – DMG Media (rabbit) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.
281. Asunto C-207/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 22 de junio de 2016 – Nissan Jidosha KK/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Marca figurativa que incluye el elemento verbal «CVTC» – Solicitudes de renovación presentadas para una parte de los productos o servicios para los que está registrada la marca – Plazo adicional – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 47 – Principio de seguridad jurídica], *DOUE*, C, núm. 314, de 29 de agosto de 2016.

282. Asunto C-280/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 22 de junio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Harju Maakohus – Estonia) – Irina Nikolajeva/Multi Protect OÜ (Procedimiento prejudicial – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 9, apartado 3, y artículo 102, apartado 1 – Obligación de un tribunal de marcas de la Unión Europea de dictar una resolución que prohíba a un tercero que continúe los actos de violación – Inexistencia de solicitud dirigida a la obtención de esa resolución – Concepto de «razones especiales» para no dictar esa resolución – Concepto de «indemnización razonable» por hechos posteriores a la publicación de una solicitud de registro de una marca de la Unión Europea y anteriores a la publicación del registro de esa marca), *DOUE*, C, núm. 314, de 29 de agosto de 2016.
283. Asunto C-419/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 22 de junio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – Thomas Philipps GmbH & Co. KG/Grüne Welle Vertriebs GmbH [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Dibujos y modelos comunitarios – Reglamento (CE) n.º 6/2002 – Artículos 32 y 33 – Licencia – Registro de dibujos y modelos comunitarios – Derecho del licenciatario a ejercitar una acción por infracción pese a la falta de inscripción de la licencia en el Registro – Derecho del licenciatario a ejercitar una acción por infracción para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos], *DOUE*, C, núm. 314, de 29 de agosto de 2016.
284. Asunto T-742/14: Sentencia del Tribunal General de 19 de julio de 2016 – Alpha Calcit/EUIPO – Materis Paints Italia (CALCILITE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión CALCILITE – Marca denominativa anterior de la Unión Calcilit – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Público pertinente – Público común a los productos en cuestión»], *DOUE*, C, núm. 314, de 29 de agosto de 2016.
285. Asunto T-429/15: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2016 – Monster Energy/EUIPO – Mad Catz Interactive (MAD CATZ) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión MAD CATZ – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 314, de 29 de agosto de 2016.
286. Asunto T-491/15: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2016 – Volkswagen/EUIPO (ConnectedWork) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión ConnectedWork – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), y artículo 75

- del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Obligación de motivación»], *DOUE*, C, núm. 314, de 29 de agosto de 2016.
287. Asunto T-567/15: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2016 – Monster Energy/EUIPO – Mad Catz Interactive (Representación de un cuadrado negro con cuatro rayas blancas) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un cuadrado negro con cuatro rayas blancas – Marca figurativa anterior de la Unión que representa tres marcas de garra en posición vertical – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 314, de 29 de agosto de 2016.
288. Asunto T-745/14: Sentencia del Tribunal General de 20 de julio de 2016 – TeamBank/EUIPO – Easy Asset Management (e@sy Credit) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional que designa la Unión Europea – Marca figurativa e@sy Credit – Marca nacional figurativa anterior EasyCredit – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 326, de 5 de septiembre de 2016.
289. Asunto T-804/14: Sentencia del Tribunal General de 21 de julio de 2016 – Ogrodnik/EUIPO – Aviário Tropical (Tropical) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca de la Unión Europea figurativa Tropical – Marca nacional denominativa anterior TROPICAL – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Alcance de los derechos del demandante en virtud del Derecho nacional – Coexistencia de las marcas – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 326, de 5 de septiembre de 2016.
290. Asunto T-11/15: Sentencia del Tribunal General de 20 de julio de 2016 – Internet Consulting/EUIPO – Provincia Autonoma di Bolzano-Alto Adige (SUEDTIROL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión SUEDTIROL – Artículo 7, apartado 1, letra c), y artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Motivo de denegación absoluto – Indicación de procedencia geográfica – Carácter descriptivo»], *DOUE*, C, núm. 326, de 5 de septiembre de 2016.
291. Asunto T-308/15: Sentencia del Tribunal General de 20 de julio de 2016 – ReisenThel/EUIPO (keep it easy) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa keep it easy – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 326, de 5 de septiembre de 2016.

292. Asunto T-345/15: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2016 – Modas Cristal/EUIPO – Zorlu Tekstil Ürünleri Pazarlama (KRISTAL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión KRISTAL – Marcas nacionales denominativa y figurativa anteriores MODAS CRISTAL y home CRISTAL – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 326, de 5 de septiembre de 2016.

## PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

293. Asunto T-41/16 R: Auto del Presidente del Tribunal General de 13 de abril de 2016 – Cyprus Turkish Chamber of Industry y otros/ Comisión («Procedimiento sobre medidas provisionales – Procedimiento para el registro de una denominación de origen protegida – «Halloumi» o «Hellim» – Desestimación de una oposición – Demanda de suspensión de la ejecución – Inexistencia de urgencia»), *DOUE*, C, núm. 191, de 30 de mayo de 2016.
294. Asunto C-653/15 P: Recurso de casación interpuesto el 7 de diciembre de 2015 por Carsten Bopp contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 25 de septiembre de 2015 en el asunto T-209/14, Carsten Bopp/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, *DOUE*, C, núm. 191, de 30 de mayo de 2016.
295. Asunto C-84/16 P: Recurso de casación interpuesto el 12 de febrero de 2016 por Continental Reifen Deutschland GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 8 de diciembre de 2015 en el asunto T-525/14, Compagnie générale des établissements Michelin/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, *DOUE*, C, núm. 211, de 13 de junio de 2016.
296. Asunto C-138/16: Petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien (Austria) el 7 de marzo de 2016 – Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger Reg. Gen. mbH (AKM)/Zürs.net Betriebs GmbH, *DOUE*, C, núm. 222, de 20 de junio de 2016.
297. Asunto C-117/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 31 de mayo de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Köln – Alemania) – Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH/Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA) (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Artículo 3, apartado 1 – Directiva 2006/115/CE – Artículo 8, apartado 2 – Concepto de «comunicación al público» – Instalación de aparatos de televisión por el explotador de un centro de rehabilitación para que los pacientes puedan ver emisiones de televisión), *DOUE*, C, núm. 287, de 8 de agosto de 2016.

298. Asunto C-470/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 9 de junio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo) – Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA), Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP)/Administración del Estado, Asociación Multisectorial de Empresas de la Electrónica, las Tecnologías de la Información y la Comunicación, de las Telecomunicaciones y de los contenidos Digitales (AMETIC) [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual e industrial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Artículo 5, apartado 2, letra b) – Derecho de reproducción – Excepciones y limitaciones – Copia privada – Compensación equitativa – Financiación a cargo de los presupuestos generales del Estado – Procedencia – Requisitos], *DOUE*, C, núm. 296, de 16 de agosto de 2016.
299. Asunto C-481/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de junio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – Jørn Hansson/Jungpflanzen Grünewald GmbH [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual e industrial – Protección comunitaria de las obtenciones vegetales – Reglamento (CE) n.º 2100/94 – Infracción – Indemnización razonable – Indemnización del perjuicio resultante – Costas procesales y gastos extrajudiciales], *DOUE*, C, núm. 296, de 16 de agosto de 2016.
300. Asunto C-494/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 7 de julio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud České republiky —República Checa) – Tommy Hilfiger Licensing LLC y otros/Delta Center a.s. (Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Directiva 2004/48/CE – Respeto de los derechos de propiedad intelectual – Concepto de «intermediario cuyos servicios hayan sido utilizados por terceros para infringir un derecho de propiedad intelectual» – Arrendatario de un mercado cubierto que subarrienda los puestos de venta – Posibilidad de dictar un requerimiento contra dicho arrendatario – Artículo 11), *DOUE*, C, núm. 335, de 12 de septiembre de 2016.

#### PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

301. Asunto C-73/16: Petición de decisión prejudicial planteada por el Najvyšší súd Slovenskej republiky (Eslovaquia) el 10 de febrero de 2016 – Peter Puškár y otras partes en el procedimiento, *DOUE*, C, núm. 165, de 10 de mayo de 2016.

#### RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

302. Asunto C-12/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de junio de 2016 (petición de decisión prejudicial plan-

teada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Universal Music International Holding BV/Michael Tétéreault Schilling, Irwin Schwartz, Josef Brož [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Competencias especiales – Artículo 5, punto 3 – Materia delictual o cuasidelictual – Hecho dañoso – Negligencia de un abogado en la redacción de un contrato – Lugar donde se ha producido el hecho dañoso], *DOUE*, C, núm. 305, de 22 de agosto de 2016.

303. Asunto C-287/16: Petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) el 23 de mayo de 2016 – Fidelidade-Companhia de Seguros, S. A./Caisse Suisse de Compensation y otros, *DOUE*, C, núm. 326, de 5 de septiembre de 2016.
304. Asunto T-832/14: Sentencia del Tribunal General de 21 de julio de 2016 – Nutria/Comisión («Responsabilidad extracontractual – Negativa a prorrogar la fecha límite para la retirada de leche desnatada en polvo dentro del programa de distribución de ayuda alimentaria a las personas más necesitadas de la Unión en 2010 – Infracción suficientemente caracterizada de una regla jurídica cuyo objeto es atribuir derechos a los particulares»), *DOUE*, C, núm. 326, de 5 de septiembre de 2016.



## BIBLIOGRAFÍA

### Libros \*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**  
Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad de Málaga

**ANGULO RODRÍGUEZ, Javier de:** *La modernización de los Registros*, Comares, Granada, 2015, 361 pp.

1. *El autor, presentación y valoración general de la obra.* Javier de Angulo Rodríguez es registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles desde 1984 y ha trabajado en comisión de servicios para la Dirección general de los registros y del notariado, especializándose en la integración de la tecnología en el ámbito jurídico, especialmente en los procesos registrales.

La obra ahora presentada no puede considerarse exclusivamente jurídica pues trasciende ampliamente este campo, adentrándose en el de la política legislativa –*policies*, no *politics*, de la Administración pública en numerosos ámbitos, y no sólo en el registral–, la economía, la historia de las soluciones jurídicas en diversos países (como es el caso de Mongolia, p. 19), la sociología, la psicología y, cómo no, la informática, demostrando el autor un profundo conocimiento en todas estas áreas y una gran capacidad para explicarlas con facilidad, relacionándolas crítica y razonadamente. Pareciera más bien que el autor hubiera usado los registros jurídicos como excusa para dar a conocer las deficiencias de la Administración española en el uso de las herramientas técnicas y legales, y sugerir una nueva ordenación e interacción de las mismas entre sí y respecto de la ciudadanía, para mejorar su eficiencia. Acaparando tantas materias es lógico que la obra recensionada ofrezca simultáneamente varias las líneas argumentales, entre otras: la ya citada propuesta de un nuevo modelo organizativo de los registros jurídicos, las exposición de las herramientas tecnológicas disponibles, las ineficiencias organizativas, más que funcionales, existentes, con numerosos ejemplos centrados en la Administración pública española, el diseño institucional de los registros de la propiedad, no sólo en España sino, también, en el mundo, con numerosas comparaciones actuales e históricas internacionales.

Ahora bien, la línea fundamental que da sentido a toda la obra y que aparece bien reflejada en el título de la obra es la relación de la tecnología con los registros jurídicos o, lo que es lo mismo: «la aplicación de las tecnologías de la información y comunicaciones, la organización, la asignación de recursos y el modelo de gobernanza» (p. 1) a los registros jurídicos, con el objetivo tratar la información de manera eficiente y segura en forma de datos y no de documentos (p. 9), asignando adecuadamente los recursos (Cap. Sexto) y fomentando la transparencia del modelo (p. 4). La consecuencia es que los registradores deberían cambiar sus protocolos actuales de funcionamiento, centrándose en calificar, inscribir y certificar y no en conservar sus archivos,

---

\* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

tarea esta última que sería encargada –por razones de ventaja comparativa (pp. 261-262)– a empresas tecnológicas especialistas en la materia. Si a esta tesis añadimos que el modelo gerencial y jurídico del registro de la propiedad es aplicable a cualesquiera otros registros jurídicos, deduciremos la segunda conclusión –práctica más que teórica– del autor y que es compartida por el prologuista de la obra: el registro civil no funciona correctamente en la actualidad y dada su similitud con el registro de la propiedad y el buen funcionamiento de éste, los registradores de España deben hacerse cargo de su gestión. De esta gestión resultarían sinergias organizativas y de tránsito de la información: por una parte, puede aprovecharse la extensa red de oficinas registrales y, por otra, se refuerza la calificación registral, pues el registrador dispondrá en lo sucesivo por sí mismo de los datos del estado civil de los otorgantes de las escrituras, sin quedar vinculados a las simples declaraciones de los particulares ni necesitados de obligar al interesado a acudir al registro civil para obtener las oportunas certificaciones –v. gr., nacimiento, matrimonio, fallecimiento–. Este nuevo sistema organizativo redundaría en beneficio del Estado, de la ciudadanía y de los usuarios del registro.

Permítasenos adelantar aquí que el lector puede padecer de un sesgo informativo y que el autor incurre en una paradoja argumentativa. En cuanto a la primera, porque de una lectura de la obra podría parecer que el registro de a propiedad no está informatizado; nada más lejos de la realidad, pues desde hace largo tiempo, la entrada, tratamiento y salida de títulos así como la facilitación de la publicidad se hace de manera telemática. En cuanto a la paradoja del autor, podría exponerse así: éste defiende el virtuosismo de la gestión del registro de la propiedad, lo que le da pie a proponer que ésta se extienda al registro civil. Sin embargo, una vez delegada esta función en los registradores, propone, precisamente, el modelo gerencial.

2. *Estructura*. Resultan especialmente valiosos en esta obra tanto el *Prólogo* –firmado por el entonces Director general de los registros y del notariado, don Joaquín Rodríguez Hernández (pp. XIII-XX)– como la *Introducción* (pp. 1-5), en que, entre otros, no sólo se expone, como es lógico, el objeto de la obra sino que se aprovecha para citar y dirigirse a los colectivos concretos que no consideraron la reforma propuesta adecuada para el fin perseguido –la mejora de la eficiencia de los registros jurídicos, conservando los beneficios obtenidos hasta entonces con el modelo vigente– ni, por tanto, viable.

El Capítulo primero (pp. 7-45), con el título de *Los registros jurídicos* se ocupa de exponer las necesidades económicas que satisface el registro de la propiedad (pp. 7-11), el autor se detiene a explicar los diferentes tipos de registros jurídicos por razón de las técnicas jurídicas empleadas y de sus respectivos efectos así como su alternativa económica a través del sistema de seguro (pp. 11-31), las resistencias del notariado al sistema registral, propias de los sistemas con existencia de notariado fuerte o latino (pp. 31-38), con identificación de los errores conceptuales del supuesto conflicto y los incentivos para seguir una política corporativa de contraria (véase la Nota 38) así como la oposición de otros colectivos –incluido el registral– al uso no tanto de la tecnología –que, como se dijo, ya es masivamente utilizada en los registros españoles– como de la concreta tecnología o en la precisa forma que propone el autor para la gestión de los registros (pp. 38-45). Como se ve, no se trata del «enfrentamiento constante [de ciertos colectivos] con la tecnología» (p. 41), sino de definir qué tecnologías, además de las que ya se usan –presentación telemática de la mayoría de los títulos, electronización de las bases de datos

registrales y no una simple digitalización de los folios registrales, uso regular y normalizado de la firma electrónica o la comunicación telemática de calificaciones— son las más adecuadas para preservar los avances logrados y mejorar con seguridad la eficiencia registral.

El Capítulo segundo (pp. 47-112), con el título *El contexto*, a caballo entre la modernización de la Administración pública y el análisis a nivel macro de datos, de manera que aquélla posibilite éste, ofrece numerosos ejemplos de una muy errónea gestión de los recursos de la Administración pública —a modo de ejemplo, la pluralidad de autoridades de certificación de firma electrónica (p. 49), la revocación del Número de identificación fiscal (p. 75) o el diseño y desarrollo del Catastro a espaldas del registro de la propiedad (p. 99)—, consecuencia de un modelo deficiente de gobernanza (p. 48) y en que se aboga por una centralización del diseño y de la gobernanza (p. 54) a partir de una gran especialización de cada órgano actuante, externalizando la provisión de servicios tecnológicos (p. 55) y proponiendo un modelo único de datos en las Administraciones públicas mediante el uso de tablas maestras que uniformice la entrada de aquéllos (pp. 59-63), siendo el objetivo último «compartir [con los sectores público y privado] y reutilizar los datos generados por los sectores público y privado» para lograr así una mayor transparencia del gobierno (p. 63), evitando la fragmentación administrativa (p. 97) y fomentando la interoperabilidad entre Administraciones públicas (p. 77), coherente y vinculada (p. 97), que permitiría, entre otros, compartir los datos contenidos en el registro de la propiedad con el resto de Administraciones públicas, de manera que no resultaran necesarias las repeticiones en la grabación de varias bases de datos (de cada Administración), con los ciudadanos y las empresas (pp. 74). Por su parte, la electronización de la comunicación del propietario y otros interesados con el registro de la propiedad abarataría los costes de gestión del registro (p. 108).

El Capítulo tercero (pp. 113-172), con el título *Los sistemas registrales en un mundo globalizado* centra su atención en los cambios organizativos consecuencia de la aplicación de herramientas tecnológicas (p. 113) que produce una integración, entre otros, de los sistemas registrales y catastrales y en que al autor aboga por solucionar «haciendo primar la óptica jurídica sobre la física, dado que es el presupuesto de la misma» (p. 115). En este capítulo se analiza de manera magistral la gestión de los registros de la propiedad de varios países, entre otros, Inglaterra y Gales, Ucrania, Grecia o Francia y su fusión, con sus ventajas y desventajas, con los sistemas catastrales (pp. 115-129) y el modelo de integración tecnológica que pretende el autor que no pasa necesariamente por la creación de un único registro sino de armonizarlos por medio de un sistema homogéneo (p. 144) de entrada de información de tablas maestras que permitan para lograr un sistema integrado en todas las materias en que ello sea posible (pp. 130-131) siendo el objetivo aplicar economías de escala y simplificar y reducir las cargas administrativas. Igualmente analiza el valor de la forma electrónica en el marco tecnológico y jurídico (pp. 141-158) y del documento electrónico (pp. 158-165) y, por último, de la más actual cuestión de la protección de datos personales (pp. 165-172).

El Capítulo Cuarto (pp. 173-249), con el título *El caso del registro civil* constituye seguramente el segundo pilar de la obra, tras el de la tecnologización de los registros, y en él se vuelcan numerosas de las conclusiones obtenidas en los capítulos anteriores. Pero este capítulo ofrece mucho más: por una parte, una exposición histórica del registro civil y de su situación actual

(pp. 173-198); por otra, la experiencia de gestión del Plan intensivo de tramitación de expedientes de nacionalidad por residencia (proyecto GEN), que llevó a los registradores a gestionar casi 480.000 expedientes de nacionalidad en un tiempo récord (pp. 198-215) y la propuesta para un nuevo modelo organizativo del registro civil, relativa tanto al cuerpo al que debería asignarse esta función (pp. 189-198) como en cuanto a la forma material de gestionarlo (pp. 215-249). Se dijo más arriba que el autor incurre en este Capítulo en la misma paradoja apuntada para el Capítulo primero, a saber: tras afirmar que los registradores de la propiedad han de encargarse de la gestión del registro civil por las sinergias que ello generaría y por tratarse de dos modelos organizativos similares, lo que el autor viene a proponer es que una vez asumido el registro civil por los registradores de la propiedad, éstos dejen de gestionar el registro como se venía haciendo hasta la fecha y se cambie el modelo de gestión.

El Capítulo quinto (pp. 251-295) con el título *Algunos aspectos técnicos de la modernización registral*, se abunda en la concreta organización registral propuesta por el autor y que pasaría por la utilización de la nube o Internet para sustituir la prestación de servicios que antes se prestaban localmente, de manera que de la pluralidad de servidores/sistemas dispersos actuales en que se organiza el sistema registral español se pase a la concentración en un solo punto de la información, dotado de gestión uniforme y centralizado (p. 259) creándose así una base de datos centralizada. Y sobre la oposición a la centralización e informatización de la información se opone el autor justificando que el archivo de los datos no forma parte del corpus central del trabajo del registrador (p. 257) formado principalmente por la calificación, derivada ésta del conocimiento jurídico de los registradores, la inscripción y la dación de publicidad (pp. 261-262). Más adelante explicará la forma de llevar materialmente a cabo las reformas propuestas como, por ejemplo, analizando los modelos de implantación sùbita frente a la paulatina de los cambios, propuestos (pp. 262-265), la migración de datos (pp. 265-268), la digitalización y conservación a largo plazo de los datos y la seguridad (pp. 269-298)

Y, por último, el Capítulo sexto (pp. 297-357) con el título *Organización y asignación de recursos en el sistema registral*, concentra su atención no ya en los registros en general y su migración y gestión informatizada, sino la cuestión de los recursos humanos y financieros para el modelo propuestos, ya sea de los trabajado y registradores como del régimen arancelario pertinente, basado el modelo en la independencia en varios órdenes, a saber: de la calificación, del cargo y financiera (p. 299) y pasando por la reforma del arancel, la reorganización registral y la concentración de oficinas y el modelo de gobernanza registral, con incidencia en las actividades o prestaciones desarrolladas por el Colegio de registradores.

3. *Crítica.* Recomendamos la lectura de la obra ahora recensionada por varios motivos: ofrece una impecable argumentación jurídica, prolíja y expuesta de manera sencilla, así como una teoría sugestiva sobre la organización de la Administración pública española en general y no sólo de sus registros, poniendo en evidencia, con ejemplos prácticos, las numerosas ineficiencias existentes (v. gr. pluralidad de entidades certificadoras de firma electrónica, aportación a la Administración pública de documentos que ella ya misma posee, pero de los que no puede disponer por hallarse bajo la custodia de otra Administración), se lee fácilmente y es accesible para los que sean o no conocedores del Derecho, de la estructura y funcionamiento de la Administración pública y la informática.

Aun así, debemos hacer una crítica formal, dos de estilo y una de fondo. En cuanto a la primera, se echa en falta un apartado bibliográfico, más allá de las lógicas notas a pie de página, cargadas, por cierto, de interesantes y numerosísimas referencias. En cuanto al estilo, como ya se dijo, de la lectura de la obra se puede llegar a la conclusión de la no utilización o infrautilización de las nuevas tecnologías (TIC) en los registros jurídicos españoles y la oposición registral a su uso. Nada más alejado de la realidad. Desde hace largo tiempo es corriente el uso de las TIC en la forma apuntada más arriba, tanto para la recepción de documentación, para su inserción en la base electrónica de datos, para la comunicación de las calificaciones o para la emisión de publicidad, entre otros. Todas estas actividades se realizan telemáticamente con completa normalidad y han ayudado enormemente a acercar el registro de la propiedad a la ciudadanía, coadyuvando a potenciar los valores de por sí positivos del registro de la propiedad, como la seguridad jurídica o en otros ámbitos, como el ecológico, con una reducción muy importante del papel utilizado. Cuestión distinta es el concreto modelo gerencial que ofrece el autor y que es el que debe debatirse. Esto enlaza con nuestra segunda crítica de estilo: el autor nos informa de las causas que *a su propio juicio* motivaron la oposición a la reforma propuesta pero no da voz directamente a las posturas alternativas. El autor nos habla de la «fagocitación tecnológica» (p. 143) o la eliminación de rentas que hasta ahora resultan captadas con un modelo organizativo concreto, como causas para la oposición. Pero la lectura de las conclusiones de la *Asamblea de registradores de España*, reunida en Zaragoza los días 16-18 de abril de 2013 de conformidad con el artículo 8 de sus Estatutos, nos traslada una idea distinta que debe ser conocida por el lector. La cursiva es nuestra y las conclusiones se hallan disponibles en *notariosyregistradores.com*:

1. «El sistema registral inmobiliario y mercantil es un sistema eficiente [...] Ello se debe, entre otros factores, a la calidad de su ingeniería institucional, la cual induce un comportamiento eficiente de los registradores [...].

2. [...] de las diferentes opciones que permitan las tecnologías físicas, deben acogerse aquellas que impliquen una mejora de la calidad institucional y rechazarse aquellas que la deterioren.

3. El uso de tecnologías electrónicas ha contribuido decisivamente a que nuestro sistema registral inmobiliario y mercantil sea un modelo de éxito. No obstante, es necesario ser consciente de que la raíz última reside en la calidad de su ingeniería institucional [...].

4. La reforma que prevé el Borrador de reforma integral de los registros [es decir, básicamente la reforma que propone el autor] no recurre a la tecnología electrónica para potenciar la eficiencia del modelo, sino que, por el contrario, *dibuja un modelo distinto* y recurre a las soluciones tecnológicas que le permiten implementarlo, *presentando, sin embargo, el nuevo modelo institucional como un resultado ineludible de la incorporación de las mejores soluciones de tecnología electrónica*.

5. El modelo vigente es un modelo en red, flexible, adaptable, de gran homogeneidad cualitativa, propio de una moderna sociedad de servicios [...]. Sin embargo, el que propone el Borrador es *un sistema centralizado, integrado verticalmente, burocratizado, rígido, poco adaptable*, que tanto en sus características organizativas como en sus soluciones tecnológicas responde a concepciones que han ido cayendo paulatinamente en desuso.

6. El Borrador, en su lugar, debería optar por [...] [suprimir] las restricciones legales injustificadas para la prestación de servicios registrales

electrónicos. Es en este punto donde deben encontrarse las trabas existentes para una mayor amplitud en la prestación de servicios registrales electrónicos y no en ninguna incapacidad o insuficiencia tecnológica u organizativa del sistema registral. [...] debe modificarse el art. 238 de la Ley Hipotecaria para especificar que el valor legal de los asientos registrales deriva del soporte papel, siendo el soporte electrónico una copia de seguridad a la vez que un instrumento de trabajo y que, por lo tanto, en caso de discrepancia, debe prevalecer el contenido del asiento en soporte papel [...]. En el momento en el que la técnica electrónica solucione satisfactoriamente los problemas existentes de conservación a largo plazo de los documentos electrónicos [...] será el momento en el que el legislador deberá decidir si opta por el soporte electrónico como exclusivo para la extensión de asientos registrales, no antes [...].

7. En todas las oficinas registrales se halla generalizado, desde hace ya mucho tiempo el uso del ordenador, de modo que las inscripciones se redactan mediante el uso del mismo. Todos los registradores tienen, también, firma electrónica reconocida, ajustada a las características exigidas por la legislación vigente. Una forma de optimizar el uso de tecnologías electrónicas evitando sus inconvenientes consiste en que el registrador firme electrónicamente el asiento registral redactado en el ordenador y, una vez firmado, lo grabe en soporte electrónico y, además, lo imprima en el soporte papel actual [...]. Este procedimiento sustituiría al actual, en el que los asientos redactados mediante ordenador, se imprimen en papel, en los folios de los libros de hojas móviles, se firman en este soporte y, posteriormente, se digitalizan.

8. [...] Debe mantenerse el principio de que debe haber un solo archivo registral en cada distrito hipotecario y cada distrito hipotecario debe estar a cargo del registrador titular. Ello establece una relación directa entre conductora profesional y consecuencias de la misma, lo que permite exigir al registrador que preste el servicio bajo su responsabilidad, lo que induce un comportamiento eficiente. Permite, a su vez, estructurar incentivos que induzcan un comportamiento eficiente del sistema, como muestra la experiencia.

9. El Colegio de Registradores debe tener a disposición de los registradores las herramientas informáticas pertinentes a fin de que éstos puedan prestar adecuadamente el servicio registral.

10. Debe corresponder a los registradores, a través de su Colegio Profesional, la decisión sobre todo lo referente a las herramientas informáticas para gestionar adecuadamente un registro que ya es electrónico [...].

11. [...] Debe corresponder a los registradores, a través de su Colegio Profesional, la competencia para decidir si optan por uno o varios sistemas informáticos [...]. Si optan por varios, los registradores, a través de su Colegio profesional, deben decidir los requisitos de homologación de los programas no colegiales [...]. Si optan por un solo programa informático, corresponde al Colegio de Registradores la elección de la opción concreta, bien mediante desarrollo a través del Servicio de Sistemas de Información, bien mediante la adquisición de un programa externo [...].

12. El Borrador opta por un modelo distinto al que deriva de las leyes 24/2001 y 24/2005 y atribuye la facultad de elección del prestador del servicio de certificación electrónica al Ministerio de Justicia, el cual debe realizar dicha elección de acuerdo con los requisitos establecidos para el personal al servicio de las administraciones públicas, con lo que deja de haber requisitos específicos para el sistema registral inmobiliario y mercantil, quedando la exigencia de requisitos específicos tan sólo para la firma electrónica del notaria-

do, privando al registrador de otra facultad más, introduciendo rigideces injustificadas en el servicio y debilitando la competencia entre prestadores de servicios de certificación [...]».

En consecuencia, el registro de la propiedad actual *ya* es electrónico, moderno, ágil y eficaz, usa de manera normalizada las nuevas tecnologías interna (en la creación de asientos) y externamente (en la recepción y comunicación con terceros), se proponen reformas para mejorar el sistema existente, postula el control de la base de datos a cada registrador para incidir con ello en la directa responsabilidad de éste respecto de aquéllas y se propone la subsistencia de una certificación de firma electrónica específicamente registral, esto es, que contenga los requisitos propios y necesarios en el ámbito del registro.

En cuanto a la crítica de fondo, el autor, como se dijo, incurre en una paradoja, como es la de animar al legislador a encargar la organización del registro civil a los registradores de la propiedad por la forma adecuada en que gestionan el registro de la propiedad. Pero, inmediatamente después, propone precisamente cambiar el modelo gerencial. Las conclusiones de la *Asamblea de registradores* de España pueden ayudarnos a comprender la posición de una parte de los registradores:

1. «Los Registradores no queremos asumir la llevanza del Registro Civil.

2. Si [...] la decisión política [...] nos atribuyera [a los registradores] su llevanza, invitamos a que sea con el mayor consenso social y político posible, sugiriendo, por razones de eficacia y funcionamiento [...] los siguientes presupuestos:

a) Que las Oficinas del Registro Civil [...] se mantengan absolutamente separadas [...] del Registro de la Propiedad y Mercantil [...] sin perjuicio de la necesaria interconexión entre ellas.

b) Que se prevea un plazo razonable de *vacatio legis* [...] dejando a su decisión organizativa [de los registradores] todo pronunciamiento acerca de las aplicaciones informáticas pertinentes.

c) Que se atribuya a los Registradores [...] todas y cada una de las competencias que hoy corresponden a los [...] Encargados del Registro Civil, sin más excepciones que la recepción de la declaración de defunción y la expedición de la licencia de enterramiento o cremación.

d) Que se establezca una fuente de financiación suficiente y vinculada a la prestación de los propios servicios del Registro Civil, sin más excepciones que las relativas a la inscripción de nacimientos y defunciones.

e) Y, por último, que [...] se vaya articulando el correspondiente desarrollo reglamentario y que ambos textos entren en vigor simultáneamente [...].»

Lamentablemente, este comunicado no explica por qué no se quiere asumir la llevanza del registro civil. Lo cierto es que la adecuada gestión del registro civil no pasa *indefectiblemente* porque éste sea gestionado por los registradores de la propiedad, pues bien podría proponerse a cualquier otro cuerpo preexistente o, incluso, uno creado *ex novo*. Es importante apuntar cuatro cuestiones: que es cierto que la gestión del registro civil no es todo lo ágil que resultaría deseable, a tenor de las razones expuestas por el autor; que las escrituras públicas no pueden reflejar como estado civil de las personas físicas la simple declaración de éstas sino que ha de basarse necesariamente

en los pronunciamientos del registro civil; por lo anterior, que al registro de la propiedad le interesa un registro civil fuerte, lo que no se confunde con un registro civil gestionado por los registradores de la propiedad; y, por último, que es evidente que la gestión del registro civil por los registradores de la propiedad generaría sinergias gerenciales y de tráfico de información. En este punto, resulta evidente el interés de la *Asamblea de Zaragoza* por (i) separar material y claramente las funciones de gestión del registro civil y de la propiedad, sin perjuicio de la oportuna interconexión de las bases de datos (en realidad, acceso de los registradores a la base de datos del registro civil para su calificación), (ii) gozar de autonomía, al igual que sucede en los registros de la propiedad, en la gestión organizativa del registro civil, mediante la oportuna regulación del traspaso y del régimen jurídico aplicable, la atribución de (casi todas) las competencias necesarias para el desarrollo del servicio y que son aquellas de las que a día de hoy dispone el registro civil y una adecuada fuente de (iii) financiación, por medio de, añadimos, arancel, no por tasa ni por iguala recibida de los presupuestos generales del Estado.

En cuanto a la financiación del registro civil, señala Javier Angulo que «La gratuidad del registro civil no ha existido siempre ni ha sido nunca, ni siquiera actualmente, completamente generalizada. Existe una obvia necesidad de mantener la gratuidad de la inscripción y publicidad de ciertos actos» (p. 189). Y en un sentido parecido al del autor se manifiesta el prologuista cuando señala que resulta «irrenunciable» un registro civil «gratuito» (p. XIX). Pero lo cierto es que el registro civil no ha sido *nunca*, porque no puede serlo de suyo, gratuito; de ahí que tampoco puede hablarse de irrenunciabilidad de su gratuidad. El registro civil se financia con los presupuestos generales del Estado, que, a su vez, son alimentados por los contribuyentes. Y, en puridad, habría de decirse que el registro civil ha sido o es parcial o totalmente gratuito para el usuario, pero en ningún caso para el contribuyente. ¿Cómo ha de financiarse el registro civil? Para el caso de ser asumido por los registradores de la propiedad, la financiación ha de venir en la misma forma jurídica que la del registro de la propiedad, es decir, por medio de arancel, que asegure el pago del coste del servicio y la retribución y que identifique las operaciones sujetas y exentas de arancel; sobre este último punto, recuérdese que la *Asamblea de registradores* de Zaragoza ya asumía la gratuidad de las inscripciones de nacimientos y defunciones pero «sin más excepciones», seguramente con la vista puesta en el devenir histórico del arancel registral, que ha sufrido continuas reducciones. En cuanto al modelo jurídico de financiación, éste debería pasar por el arancel, que satisface el precio del servicio prestado y su retribución, por ser el de menor coste para el usuario y el contribuyente y por ser el que ofrece el esquema más equilibrado de incentivos; no se trataría, pues, de una cuestión de «cierto nivel, directo o indirecto, de incentivos asociados a estas nuevas funciones (la de la gestión del registro civil por los registradores)» (p. 197), sino la de asegurar una existencia adecuada al registro civil. Y en cuanto al importe concreto del arancel, debería plantearse una vez que se conozca el verdadero coste actual del registro civil y, en su caso, el previsto para el caso de que su gestión sea asumida por otro cuerpo de funcionarios; en todo caso, este coste parece a priori que excede notablemente de las previsiones apuntadas por el autor (p. 195).

Íñigo MATEO Y VILLA  
Registrador de la Propiedad  
Doctor en Derecho

**BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel: *La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual*, Dykinson, Madrid, 2015, 337 pp.**

La monografía que es objeto de la presente recensión es fruto de un Congreso que tuvo lugar en la Universidad Carlos III de Madrid en octubre de 2012, actuando como coordinador el profesor Bermejo Castrillo, Profesor Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones acreditado a Catedrático y Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de esta Universidad. En esta obra, aparte de él, participan otros juristas de reconocido prestigio a nivel internacional de diversos países, como son los profesores Chiodi de la Università degli Studi di Milano-Bicocca, Giliker, profesora de la University of Bristol, Miquel de la Universidad Autónoma de Madrid, Schiera de la Università degli Studi di Trento y Schulze de la Wesfälische Wilhelms-Universität Münster, que reflexionan sobre los aspectos más destacados de la responsabilidad contractual, sin duda la inasistencia central del Derecho de obligaciones y contratos.

Hay que subrayar que en la monografía se tiene en cuenta la responsabilidad contractual tanto desde la perspectiva actual, en el plano del Derecho interno y en el europeo, como la histórica, lo cual es sumamente enriquecedor, pues no se puede entender adecuadamente esta responsabilidad sin conocer con profundidad su evolución histórica.

La monografía comienza con el prólogo del profesor Schiera, que en una apretada síntesis, da noticia de las aportaciones de cada uno de los autores, empezando por la del profesor Bermejo, que diseña con amplitud y rigor el régimen de «*la imposibilidad sobrevenida de la prestación en la legislación castellana y en el Derecho de la codificación*».

El profesor Bermejo se ocupa de la imposibilidad de la prestación, y por ello, realiza una incursión en el intrincado territorio de la responsabilidad contractual, contribuyendo a esclarecer, a la luz del discurrir histórico de su formulación legal, la delimitación de sus confines y la identificación de sus efectos.

El autor se refiere concretamente a la imposibilidad sobrevenida en el Código Civil, a la configuración de su régimen jurídico en el Derecho romano, a los ecos de la institución en la legislación histórica castellana y la tradición y evolución en el trayecto hacia la codificación. De esta manera se examina la compleja problemática que plantea esta institución en nuestro Derecho, con un completo análisis de sus antecedentes históricos y legislativos, adecuadamente expuestos en el estudio, con una exhaustiva información de textos y doctrina.

Me parece especialmente lúcida su aportación sobre la atribución de riesgos en las obligaciones bilaterales, distinguiendo entre la dimensión puramente obligacional de la problemática generada por la imposibilidad sobrevenida y su repercusión sobre el plano real. También sus reflexiones sobre el régimen del deber de restitución en el caso de acaecer la pérdida de la cosa. Desde esta perspectiva, es muy acertado el análisis que lleva a cabo en los diferentes tipos contractuales, refiriéndose a los problemas que se plantean en cada uno de ellos, lo cual se advierte cuando aborda el significado del caso fortuito.

El profesor Chiodi trata sobre el tema de «*la responsabilità contrattuale nel primo Novecento giuridico italiano*». Se refiere a los puntos de vista de grandes civilistas italianos, como Mengoni, Giorgi, Chironi y Polacco. A

continuación alude a los caracteres del caso fortuito, como hecho extraño inevitable, a la imposibilidad sobrevenida de la prestación, con especial atención a las obligaciones de dar, a la imposibilidad de la obligación de hacer, a la relevancia de la imposibilidad subjetiva o relativa de la prestación, a la revolución que provocó la obra de Hartmann en Italia y al incumplimiento de las obligaciones genéricas y en general, al incumplimiento contractual, con referencias a Polacco y Osti.

Una excelente síntesis del pensamiento de la doctrina italiana de la época, que sigue siendo fundamental para comprender el régimen de la responsabilidad contractual en el Derecho italiano, a la luz del *Codice Civile*.

El profesor Miquel aborda una cuestión concreta, extraordinariamente debatida en nuestro Derecho y en otros ordenamientos jurídicos. Se refiere al *pactum de non cedendo*, con atinadas reflexiones sobre el mismo. «*Reflexiones sobre el pactum de non cedendo*» se titula el estudio.

En la actualidad, es frecuente en ciertos sectores de la economía que las partes acuerden que los créditos derivados de un contrato no pueden cederse o sólo pueden cederse si el deudor lo consiente. El *pactum de non cedendo* es válido en el Derecho español, conforme al artículo 1112 del Código Civil. El problema más controvertido consiste en precisar qué trascendencia debe tener el incumplimiento de este pacto. Tras referirse al estado de la cuestión, con opiniones divergentes, y una mirada al Derecho comparado, y su regulación en el Borrador del Marco Común de Referencia, el autor no ve la razón por la que el pacto, por ser *res inter acta*, deba ser ineficaz frente al cesionario (artículo 1257 del Código Civil) y, en cambio, la cesión, que también es *res inter alios acta* para el deudor cedido, deba ser eficaz contra éste. El *pactum de non cedendo* no es exactamente igual a una prohibición de disponer, como sería la que se acordara con un tercero adquirente del crédito. Es más bien una condición bajo la que nace el crédito y bajo la que se obliga el deudor. A la inversa, la prohibición de la cesión no debe provocar consecuencias perjudiciales para otros más allá de lo necesario para los intereses del deudor. Con la tesis de la ineficacia relativa de la cesión que viole el citado pacto se da adecuada respuesta a los interrogantes planteados en torno al mismo.

La profesora Giliker se refiere a la buena fe precontractual en el marco del Derecho comunitario. Responsabilidad y buena fe son los dos aspectos centrales de la fase precontractual. Su estudio se titula «*Pre-contractual good faith in European Contract Law: is the European Commission ready to embrace a European doctrine of culpa in contrahendo?*».

El título de este estudio es muy elocuente para comprender el objetivo al que se dirige la investigación. Se tienen en cuenta las considerables divergencias existentes en la normativa sobre la responsabilidad precontractual y, en concreto, sobre la buena fe precontractual, en los Estados miembros de la Unión Europea, con el consiguiente problema de la necesaria armonización en esta importante materia relativa a la formación del contrato. Se trata de un tópico que tradicionalmente divide al *Common Law* y al *Civil Law*. Desde esta perspectiva, la autora examina las posiciones existentes en el Derecho inglés, en el Derecho italiano, en el Derecho alemán tras la reforma del BGB y con mayor detenimiento, la acogida en el Borrador del Marco Común de Referencia y en su precedente, los Principios de Derecho Contractual Europeo, que tienen en cuenta los deberes precontractuales, basados en la buena fe. A continuación se refiere al CESL y la armonización de la buena fe precontractual, así como a la impo-

sición en la mayoría de los Estados miembros de deberes de información basados en la buena fe. Es precisa una armonización en clave europea en todos los Estados de la Unión Europea. La misma está vinculada a la existencia de la *good faith and fair dealing*, sobre todo con respecto a la información de las circunstancias contractuales. El resultado de esto ha sido la publicación por la Comisión Europea, el 11 de octubre de 2011, de una propuesta para la regulación de una *Common European Sales Law*, a la que se refiere con detenimiento la autora, en el epígrafe relativo al CESL y la buena fe precontractual.

La monografía concluye con un estudio del profesor Schulze, que analiza «*la responsabilidad contractual en la normativa común de compraventa europea*». Se examina la propuesta de una NCCE. Se destaca la relación entre la ciencia jurídica y la política en el camino hacia el Derecho contractual europeo, el derecho al cumplimiento específico, la adaptación contractual cuando acontece un cambio de circunstancias, el incumplimiento y los nuevos tipos de remedios que regula la NCCE, tanto del comprador como del vendedor, así como su jerarquía, con unas atinadas conclusiones finales, en las que sobre todo se subraya que es mucho más coherente que los proyectos previos de la legislación europea en materia de Derecho privado, porque surge después de un largo recorrido de trabajos científicos con origen en la Comisión Lando y de un intenso diálogo entre la ciencia jurídica y la política. Un derecho de la compraventa moderno, puede facilitar pronto las transacciones en el mercado interior y, quizás, inspirar futuros desarrollos del Derecho contractual internacional.

Tanto el interés del tema abordado como su enfoque interdisciplinario evidencian la importancia de esta monografía, de lectura muy recomendable para comprender la responsabilidad contractual en la actualidad en nuestro país y en Europa, teniendo en cuenta su trayectoria histórica.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad Carlos III de Madrid

**ELIZALDE IBARBIA, Francisco: *El contenido del contrato*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, 378 pp.**

1. Uno siempre tiende a pensar, cuando le es encomendado elaborar la recensión de una obra como la de Francisco de Elizalde, que lo complicado estriba en hallar puntos de discrepancia con el autor a fin de poder emitir una valoración crítica, que será mejor cuantas más disconformidades sea el recensionista capaz de poner de manifiesto. La realidad dista de ser así y no puedo sino coincidir con el viejo Hegel cuando, en algún lugar de las Lecciones sobre la Filosofía de la Historia, escribe: «Es más fácil ver las faltas de los individuos, los Estados y el gobierno del mundo que su contenido verdadero. Pues al reprender negativamente se mantiene uno noblemente y con elevado gesto por encima de la cuestión, sin tener que penetrar en ella, esto es, sin haberla captado a ella misma, su parte positiva. Indudablemente, el reproche puede ser fundado; sólo que es mucho más fácil averiguar lo defectuoso que lo sustancial (por ejemplo en las obras de arte)... Es un signo de máxima super-

ficialidad encontrar en todas partes lo malo, y no ver en ellas nada de lo afirmativo y genuino». A mi juicio, y pese a las inevitables discrepancias, las aportaciones del profesor Elizalde tienen mucho de genuino.

2. Una idea oscila a lo largo de la monografía: el contenido del contrato (*lex contractus*) y su configuración a través de la interacción dinámica entre las fuentes que lo conforman. El mérito del autor, creo, radica en apuntar a esta noción del contenido contractual (que no equivale al documento contractual) y su construcción a partir de diferentes fuentes, que exceden de la autonomía de la voluntad y entre las que cobra vital importancia la buena fe objetiva (art. 1.258 CC). La construcción del contenido del contrato constituye el paso previo que permite desentrañar la eficacia vinculante del mismo para las partes. De ese modo, la apreciación del incumplimiento, que en el moderno Derecho de contratos consiste en toda desviación del contenido contractual, dependerá entonces de aquello que se entienda incorporado al contenido del contrato. Insisto en destacar el esmero empleado por el autor en diferenciar, a lo largo de la obra, ambos estadios: el de la construcción del contenido del contrato, por un lado; y el del incumplimiento (ejecución) del mismo, unido a un sistema de remedios, por el otro; pese a la estrecha relación que ambos guardan entre sí.

3. El libro objeto de la recensión se estructura en tres partes, divididas a su vez en varios capítulos. Si bien aparece más relacionada con la segunda, la primera parte actúa como tronco común de las restantes dos. En ella, el autor analiza el régimen general del Código Civil respecto a la eficacia vinculante de la utilidad de la cosa para el acreedor, esto es, si cabe su incorporación al contenido del contrato con arreglo al sistema regulado en dicho cuerpo legal. En la segunda parte de la monografía, el autor se ocupa de soluciones que permiten incorporar la utilidad del objeto al contenido del contrato, como son la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* y el principio de conformidad. La tercera parte aborda la eventual incorporación al contenido del contrato de la utilidad del objeto confeccionada por la *información* transmitida u omitida por la parte deudora en el momento de contratar. Interesa destacar el diálogo que Elizalde mantiene, en todo momento, con el Derecho inglés como sistema jurídico de contraste con las conclusiones del sistema español obtenidas en cada una de las partes de la monografía, lo que constituye un elemento de valor añadido a la misma. Tras esta visión de conjunto, paso a exponer las principales valoraciones críticas que me merece la obra.

4. El autor apunta que, con arreglo al régimen del Código Civil, en las obligaciones de dar cosa específica, la utilidad cualitativa de la cosa (vicios redhibitorios que amparan las acciones edilicias) no se encuentra comprendida dentro del contenido del contrato, cuando las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, no han tenido a bien incluirla. Por lo tanto, el vendedor cumple con su deber de entrega (art. 1.461 CC) transmitiendo la cosa tal cual existe en la realidad sin que el defecto cualitativo de que adolece pudiera reputarse como incumplimiento del contrato. El Código Civil es entonces consecuente, pese a que el problema sea de incumplimiento.

No obstante, sí puede entenderse que el Código permite un régimen de compatibilidad entre las acciones edilicias y la anulación del contrato por error vicio. El art. 1.494 II CC, para las ventas de animales, señala: «*también* será nulo el contrato de venta de los ganados y animales, si expresándose en el mismo contrato el servicio o uso para el que se adquieren, resultaren inútiles para prestarlo» [la cursiva es mía]. Este precepto viene a incorporar, dentro del régimen de las acciones edilicias, la acción general de nulidad por error. Con

el adverbio «también» se plantea una alternatividad con respecto al régimen del saneamiento. De este manera, el Código reconoce una compatibilidad lógica entre acciones, toda vez que aquello que resulta válido para la compraventa de animales tanto más ha de serlo para el resto de los supuestos (*vid. MORALES MORENO, A., M., «El alcance protector de las acciones edilicias», Anuario de Derecho Civil, 1980, p. 677*). De la lectura del art. 1.494 II CC no puede, sin embargo, forzarse la conclusión de que el precepto está pensando en la incorporación de las cualidades de la cosa al contenido del contrato; y de ahí extraer, a su vez, la conclusión de que esta incorporación sería posible asimismo mediante la interpretación objetiva, la interpretación de la buena fe o la integración del contrato (art. 1.258 CC). Esta línea reflexiva arrojaría entonces una suerte de compatibilidad entre la acción de saneamiento por vicios ocultos y las acciones por incumplimiento del contrato. El que hoy se reconozca que el problema es de incumplimiento no debe conducirnos a obligar a decir al Código lo que no dice. El Código es, como digo, consecuente y la conclusión acertada es la reflejada por Elizalde.

Todavía dentro de la primera parte de la obra el autor se ocupa del nivel cualitativo al que se vincula el deudor en las obligaciones de hacer, existiendo distintos niveles de vinculación en función de si la obligación es de medios o de resultados. Si nos situamos en el terreno de las obligaciones de medios veo acertada la aportación ya que señala a la autonomía de la voluntad como fuente preferente en la determinación del contenido del contrato, de manera que la diligencia exigible (art. 1.104 CC) cumpliría una función de integración del contenido del contrato que vendría a incorporarse al mismo, supliendo las eventuales omisiones de la reglamentación contractual. Esta reflexión, con la que coincido, merece un comentario. La incorporación de la diligencia exigible al contenido del contrato, junto a la voluntad de las partes, determina que aquella tendrá incidencia en la valoración de un hipotético incumplimiento de la obligación de medios. Así, aunque en el moderno Derecho de contratos se tiende a prescindir de la diligencia exigible como criterio de imputación de responsabilidad, ésta puede jugar un papel en la propia conceptualización del incumplimiento.

En otro orden, el autor entiende –en nota al pie (p. 102)– que las obligaciones de medios no pueden encuadrarse dentro del concepto unitario de incumplimiento, porque ello supondría entender que se incorpora al vínculo contractual la utilidad que el acreedor espera obtener del contrato. En mi opinión, nada obsta a considerarlo así si tenemos en cuenta que la correcta prestación del servicio encierra también un resultado en sí misma y que ese resultado no es equiparable a la satisfacción del interés que el acreedor espera obtener del contrato, que queda extramuros del vínculo. Este primer resultado sería el interés del acreedor configurado y garantizado por el contrato, cuyo incumplimiento genera responsabilidad.

5. La segunda parte de la monografía está dedicada a la transformación del ordenamiento jurídico mediante posiciones que buscan incorporar la utilidad de la cosa al contenido del contrato. El primer capítulo se refiere a la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* que «incorpora la utilidad del objeto al contenido del contrato, integrando en la regla vinculante el deber de entregar un objeto hábil, que sea apto para satisfacer al comprador» (p. 122). Esta doctrina, aplicada al contrato de compraventa, puede recaer sobre una obligación específica o genérica. En cuanto a las obligaciones genéricas, el autor expone que a partir de la especificación acontece la privación al acreedor de los remedios generales derivados del incumplimiento contractual, úni-

camente quedando facultado a ejercitar las acciones edilicias previstas para la compraventa específica. Sin embargo, si en la compraventa genérica las cualidades sirven para identificar el objeto vendido y, al mismo tiempo son parte del contenido del propio derecho de crédito (MORALES MORENO A., M., «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, 2012, p. 8), no acabo de comprender ese salto, producido tras la especificación, que transforma los remedios del comprador. Considero que la especificación constituye un presupuesto lógico en el *iter* de ejecución de una venta genérica pero este hecho necesario no puede hacer desaparecer las cualidades de la cosa del contenido del contrato. Elizalde, para salvar esta disfuncionalidad y dar coherencia al sistema, recurre a la concesión al acreedor de cierta intervención en la especificación –aun cuando se trate de un acto debido por el deudor– para convalidarla (aceptando la entrega) o rechazarla. A mi juicio, esta solución no sería del todo necesaria si se le resta importancia jurídica a la especificación del género; además una solución en los términos propuestos podría suponer un incremento de los costes de transacción y entorpecer el tráfico, al tiempo que, como el autor pone de relieve, sólo abriría las acciones generales del incumplimiento a los casos de vicios manifiestos.

Incidiendo ya en el análisis que se desarrolla sobre la doctrina *aliud pro alio*, coincido con Elizalde cuando llama la atención sobre la inseguridad jurídica que implica su aplicación sin esbozar los criterios que permiten distinguirla del régimen de los vicios ocultos (arts. 1.484 y ss. CC), tal y como hace el Tribunal Supremo (p. 132). Esta consideración lleva al autor a inferir que el criterio que subyace a la aplicación de la doctrina *aliud pro alio* frente al régimen de los vicios ocultos radica en la condición de profesional del vendedor, que participa en la elaboración del objeto o se dedica al comercio de las cosas que enajena (p. 142). El autor desprende su conclusión de un detenido análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En mi opinión, lo más interesante sería conocer –a efectos de una mejor aproximación sobre lo subyacente a la doctrina del *aliud pro alio*– cuál es el tipo de remedio general del incumplimiento más aplicado por los tribunales. Si lo que se concede con más frecuencia fuese la indemnización de daños, con la doctrina se estaría salvando la restricción impuesta por el art. 1.486 II CC, al tiempo que aproximaría la utilidad de la cosa al concepto de las *warranties* inglesas en las cuales el acreedor está legitimado a reclamar daños (*vid. Bettini v. Gye* 1876 QBD 183).

La otra gran posición transformadora del ordenamiento jurídico español –abordada por el autor– que posibilita la incorporación de la utilidad del objeto al contenido contractual es el *principio de conformidad*. Conviene recordar, pese a lo reiterativo, que este principio conlleva a que la entrega de un bien que no se corresponda con el objeto del contrato constituye un incumplimiento contractual (p. 168). Hay que destacar el esfuerzo de Elizalde en presentar el sistema del Derecho inglés de los *implied terms*, como fuente jurídica del principio de conformidad; toda vez que el reconocimiento del principio de conformidad supone agregar a nuestro ordenamiento la idea de que el deudor garantiza un resultado (un estado de la realidad) en su deber de prestación. Ello, como dice el autor, trae consigo el trastrocamiento de la noción tradicional de obligación (art. 1.088 CC), y por ello aboga por sustituir el concepto de obligación por el de garantía contractual, porque explica mejor la comprensión actual del contenido del contrato (p. 175). En este sentido terminológico discrepo con el autor, ya que creo que, en nuestro derecho, cobra más sentido preservar la noción de obligación, aunque ensanchada. Con estos mimbres,

se reconoce hoy que la obligación no se agota en el deber de prestación, sino que constituye una vinculación tendente a la satisfacción del interés del acreedor, bien mediante el cumplimiento, bien mediante la indemnización. La visión inglesa supone colorar al acreedor en una posición prevalente respecto del deudor, favoreciendo al primero mucho más que al primero. En mi opinión, además, en el sistema actual del Código Civil goza de mayor sentido el mantenimiento de la noción «obligación», máxime cuando nos referimos a la pretensión indemnizatoria (*vid.* art. 1.101 *in fine* CC). Asimismo, los arts. 1:301 (4) PECL o 6:101 (1) PECL se refieren respectivamente a *obligation under the contract* y a *contractual obligation* (*vid.* nota 163).

Elizalde, acertadamente, pone el acento en la importancia de los remedios del incumplimiento como pilar distribuidor, junto con el contenido del contrato, del riesgo contractual de inhabilidad del objeto vendido entre las partes; a la vez que se cuida de insistir en la distinción latente entre «el incumplimiento del contrato como noción neutra, que acontece por la desviación del programa contractual apreciada objetivamente [...] de la exigencia de conformidad como estándar prestacional vinculante». El papel de los remedios del incumplimiento es clave en el abordaje de la cuestión de si cabe extender el principio de conformidad a todos los tipos contractuales (y no sólo a las compraventas donde el vendedor ostenta la condición de profesional) (generalización objetiva del principio). Aquí no comparto la reticencia del autor a extender, a través del principio de conformidad, el remedio indemnizatorio en los contratos que contienen obligaciones de dar. Para el autor habría que optar, como presupuesto necesario, entre las altas cotas de la CISG, que sólo permiten al deudor exonerarse si prueba que el incumplimiento excede de su órbita de control (art. 79 CISG) o la más tradicional, que en nuestro ordenamiento es la exigencia de culpa *ex art.* 1.101 CC. A mi juicio, el autor obvia que la clave en este aspecto reside en si un concreto resultado dañoso, provocado por el incumplimiento del contrato, queda comprendido dentro del fin de protección del contrato como forma de entender la regla de la previsibilidad (art. 1.107 I CC). Por otro lado, creo posible la extensión del principio de conformidad a las obligaciones de medios, siempre que los criterios legales de integración se circunscriban a la prestación en sí misma, y no a que tenga que satisfacer la utilidad final del acreedor. Hay que advertir que es Elizalde quien plantea esta posible complicación para las obligaciones de medios, exponiendo ambas maneras de entenderlo (p. 187).

Finalmente, considero que acierta el autor al plantear el problema de la extensión del principio de conformidad a las ventas realizadas por un no profesional, aunque discrepo en su negativa a extender dicho principio a las mismas. Las razones jurídicas que esgrime (los productos comercializados no son nuevos; ausencia de posición dominante del vendedor) son del todo convincentes, pero entiendo que sería mejor emplearlas como fundamento para atemperar los remedios aplicables al incumplimiento, y no para excluir la extensión del principio de conformidad en sí. En este sentido, el mismo autor reconoce que, «dependiendo de la forma en que se regule, esa gravedad [el alto estándar de vinculación impuesto al deudor mediante el principio de conformidad] puede matizarse por el funcionamiento del sistema de remedios que es inherente al principio de conformidad» (p. 200).

6. La tercera parte de la obra se adentra en el reconocimiento, por parte del ordenamiento español, de que la información transmitida u omitida *in contrahendo* por el deudor puede incorporarse al contenido del contrato y adquirir, en consecuencia, eficacia vinculante. La concepción anterior supo-

ne, a mi modo de ver, una de las aportaciones más importantes de esta monografía. Elizalde parte del régimen del Código Civil y señala, con acierto, que esa información sólo adquiere relevancia contractual en caso de dolo (arts. 1.270 II y 1.486 II CC); pero advierte, a su vez, que semejante relevancia contractual no se traduce en integración del contenido del contrato por parte de la información, sino que la relevancia se adquiere en términos de responsabilidad contractual (pretensión indemnizatoria únicamente). Aunque la idea que emana de los artículos del Código sea menos transversal que la tesis defendida (incorporación de la información a la *lex contractus*), considero que no puede obviarse su influencia en el reparto de riesgos derivados de esa información, sobre todo si admitimos –como el mismo autor señala (p. 219)– que la responsabilidad por dolo alcanza a los casos de negligencia en la transmisión u omisión de información cuando el vendedor es un profesional. Esta idea ya es apuntada por García Goyena (*vid. Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, III, 1852, p. 399). Hecha esta puntualización, me centraré en el análisis del autor sobre la incorporación de la información –publicitaria y no publicitaria, respectivamente– al contenido del contrato.

Antes de afrontar la información publicitaria corresponde hacer una puntualización previa. El autor apunta a la confianza del destinatario de la información publicitaria transmitida *in contrahendo* como fundamento de la vinculación, lo cual comparto (p. 231). No obstante, resulta dudoso su juicio de que la voluntad del emisor no sea una oferta de contrato (lo será en la mayoría de casos); a mi entender, lo que ocurre es que esa voluntad del emisor como declaración pública no es, al menos en este supuesto, fuente de obligaciones.

Afrontando, ahora sí, la información publicitaria (Derecho de consumo) parece acertada la opinión del autor de que aquella puede acceder al contenido contractual –y, por tanto, adquirir eficacia vinculante– sin que ello se asiente en una operación matemática: es necesaria una confianza razonable en el receptor de la información para posibilitar su agregación al contenido del contrato; y esta es una de las contribuciones con mayor relevancia de la monografía. Esta idea es ligada por el autor al principio de conformidad en ventas de consumo (art. 116.d TRLGDCU), cuyo incumplimiento genera responsabilidad contractual, constituyendo la confianza razonable del consumidor el eslabón entre la información suministrada *in contrahendo* y dicho principio; relación que al lector atento se le va esbozando conforme avanza en la obra. Por otra parte, resulta interesante el estudio del autor sobre si el anunciante no contratante puede quedar vinculado contractualmente por la publicidad; Elizalde –reconociendo la relación íntima entre la actividad del anunciante y la decisión del destinatario de la publicidad– se muestra partidario, siguiendo a Morales Moreno, de responsabilizar contractualmente al anunciante sobre la base de la garantía asumida por aquél respecto del riesgo de insatisfacción del destinatario de la publicidad. A mi juicio, resulta complicado, aunque deseable, justificar tal vinculación. Siguiendo la idea apuntada de que el anunciante asume una posición de garantía, podría defenderse la existencia aquí de una solidaridad tácita reconocida por la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo. Según ella, debe admitirse «una solidaridad tácita cuando aparece de modo evidente una intención de los contratantes de obligarse *in solidum* o desprenderse dicha voluntad de la propia naturaleza de lo pactado, por entenderse, de acuerdo con las pautas de la buena fe, que los interesados habían querido y se habían comprometido a prestar un resultado conjunto,

por existir entre ellos una comunidad jurídica de objetivos» (*vid.* STS 17 abril 2015, RJ 2015\1350).

La confianza razonable del destinatario –derivada de la buena fe objetiva (art. 1.258 CC)– también es el fundamento, para el autor, de la vinculación de la información no publicitaria proporcionada por el vendedor; por ejemplo en la compraventa de empresas mediante acciones o participaciones; esta eficacia vinculante no es tampoco automática, pues la confianza puede ser destruida por distintas vías, como la propia autonomía de la voluntad de los contratantes.

7. Junto con la información suministrada *in contrahendo*, el autor no deja de ocuparse de la posible eficacia vinculante de la información omitida también *in contrahendo*, cuando una norma (ley, buena fe o los usos) exige que se comunique. Aquí el autor se preocupa de subrayar que no es el silencio *en sí* lo que vincula al omitente, sino el estado de la realidad falsamente representado por aquél, en el cual la parte receptora confía razonablemente. Se aprecia, de nuevo, la relevancia de la confianza del destinatario como presupuesto para que el silencio incida en el *contenido del contrato*. En ello insiste el autor. Así, al analizar los deberes precontractuales de información típicos –concretamente el art. 65 TRLGDCU– se cuida Elizalde de advertir, aun sin decirlo expresamente, que no conviene confundir la construcción del contrato con los remedios del incumplimiento (p. 304). Como dije al principio, esta idea levita durante toda la obra y no creo que estén de más, a efectos de una mejor claridad positiva, las llamadas a su recuerdo.

8. El último capítulo es referido por el autor a la confianza como fuente del contenido contractual. En su opinión, la confianza del destinatario tiene que reunir tres requisitos para poder actuar como fuente del contenido contractual y, por consiguiente, permitir que la información transmitida u omitida *in contrahendo* se incorpore a dicho contenido. Uno de los requisitos es que la confianza del receptor de la información sea *razonable*, esto es, que sea la de un contratante medio. Este requisito me parece necesario, pero insuficiente, no sólo por la dificultad de dibujar ese contratante medio, sino también porque no soluciona casos en los que la frontera del hombre medio aparece más difusa (casos distintos al de una motocicleta anunciada por 12,90 euros, en lugar de por 1.290 euros: p. 321). Por este motivo, me atrevería a añadir que, en los casos en que sea dudoso reputar como razonable la confianza del destinatario de la información, al deudor de la información le está vedado aprovecharse de la confianza de un determinado contratante, cuando no podía ignorar que aquélla existía y la contraparte la estaba depositando. En ese caso, esa confianza aún podría ser tutelable y la información en que el contratante pueda confiar quedaría incorporada al contenido del contrato. La jurisprudencia tiene dicho, al valorar la excusabilidad del error, que si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar (STS 4 enero 1982 y 22 mayo 2006), y que ante la información de los vendedores el comprador no ha de confirmarla, pues no es obligada la duda de la buena fe de aquel con quien se contrata (STS 20 enero 1966) (*vid.* Díez Picazo, L., y Gullón, A., *Sistema Derecho Civil*, II/1, Tecnos, Madrid, 2016, p. 47).

En última instancia, no alcanzo a compartir la visión del autor, para quien «las expectativas que la información (transmitida u omitida; *rectius*: el estado de la realidad que se representa) suscita en la otra parte han de ser interpretadas conforme al estándar objetivo de la persona razonable o contratante medio, para determinar si, en el caso, concurre una confianza razonable que

vincule al declarante u omitente de la información *in contrahendo*» (p.300). Así pues, rechaza recurrir a las normas de interpretación del contrato por tener como finalidad desentrañar la intención de las partes. A pesar de coincidir con Elizalde en la importancia de interpretar las expectativas que la información provoca en el receptor, no considero que el criterio del hombre razonable sea el más apropiado, toda vez que es un criterio susceptible de ser manipulado a través del simple ejercicio de estipular cuáles son las características de dicha persona, lo cual puede desembocar, a su vez, en toda una serie de criterios enarbolados por los jueces al albur de esta «persona razonable» (*vid.*, aunque para la regla de la previsibilidad, Fuller, L. L., y Perdue, W., *The reliance interest in contract damages*, Yale Law Journal, 1936, p. 84). Creo que no habría problema en recurrir al contrato como elemento objetivable a fin de determinar las expectativas provocadas, sin que ello supusiese *per se* una interpretación del sentido objetivo de la declaración de voluntad; máxime cuando el mismo autor insiste, con acierto en mi opinión, que el parámetro de la interpretación de la confianza ha de hallarse fuera del sujeto y la razonabilidad debe medirse con arreglo a un criterio objetivo (p. 328).

9. En las anteriores líneas he intentado proyectar mis juicios críticos sobre las notas claves de una obra muy recomendable en el marco del moderno Derecho de contratos. En ella Francisco de Elizalde, demostrando un enorme rigor intelectual, nos regala, además, unas excelsas aportaciones sobre Derecho comparado; configurando, con todo ello, un libro ágil y útil, de fácil lectura, pero sin perder por ello un ápice de exigencia para el lector.

Antonio Ismael RUIZ ARRANZ  
Universidad Autónoma de Madrid

**GREGORACI, Beatriz: *Cláusula resolutoria y control del incumplimiento*, BOE, Madrid, 2015, 188 pp.**

1. Consideraciones generales: el título del libro objeto de esta recensión es un atinado reflejo de la materia que desarrolla. Se trata de un estudio crítico acerca de la conveniencia de que el juez, ante una cláusula resolutoria expresa introducida de forma voluntaria y libre por las partes, entre a valorar la concurrencia de los requisitos o presupuestos de la resolución, como si se tratase de una resolución por incumplimiento del art. 1124 CC. En particular, se centra en el análisis de si el incumplimiento ha de ser «esencial» para que tenga lugar la resolución establecida en la cláusula. El tema es de gran importancia práctica tal y como demuestra el gran número de sentencias recaídas sobre la materia y que son analizadas y clasificadas brillantemente por la autora del libro.

La obra se estructura en tres capítulos, seguidos de unas conclusiones y de tres anexos en los que se recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El primer capítulo se destina al análisis general de la cláusula resolutoria expresa negociada por las partes. El segundo capítulo contiene un inciso sobre la resolución del art. 1504 CC respecto a la compraventa de inmuebles con precio aplazado; y, el tercero, trata de la cláusula resolutoria introducida en el contrato por una sola de las partes, es decir, de forma predispuesta y no negociada.

Aunque la cláusula resolutoria no está regulada en nuestro Derecho con carácter general, de siempre ha sido admitida al amparo del art. 1255 CC, de modo que puede pactarse en cualquier contrato con obligaciones recíprocas a favor de una de las partes o de ambas. Esta cláusula se ha configurado como una facultad de la parte cumplidora, frente al incumplimiento de la otra parte, de optar entre exigir el cumplimiento o bien la resolución, siempre que el incumplimiento efectivamente producido sea el recogido por la cláusula. Y ello es así aunque el pacto se haya configurado como una condición resolutoria expresa. Sigue siendo una facultad del cumplidor. Es decir, la resolución no opera automáticamente, puesto que esto sería tanto como dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una sola de las partes que incumpliendo su obligación, automáticamente dejaría sin efectos el contrato y se liberaría de la misma. Por ello, lo relevante para la autora no es el tipo de cláusula en la que se contemple la posibilidad de resolver, sino la voluntariedad de su introducción en el contrato; esto es, si se trata de una cláusula negociada o no. Una cláusula negociada es una cláusula que se incluye en el contrato por voluntad de las partes y por tanto su control debe estar sujeto únicamente a los límites del art. 1255 CC. Sin embargo, una cláusula predispuesta se introduce en el contrato por voluntad de una sola de las partes. La voluntad de la otra, del adherente, se limita a su aceptación. Por este motivo, las cláusulas predispuestas sí requieren un mayor control por parte del juez.

2. Capítulo I. Como ya he comentado, en el Capítulo I se analizan en general las cláusulas resolutorias expresamente negociadas por ambas partes. La Dra. Gregoraci considera que cuando las partes han estipulado que un incumplimiento tiene trascendencia resolutoria, una vez se produce dicho incumplimiento, el juez ni debe entrar a valorar si reviste o no carácter esencial, ni debe aplicar para ello la doctrina jurisprudencial recaída sobre el art. 1124 CC. En definitiva, dicho precepto tiene carácter dispositivo, por lo que las partes pueden regular la materia de una manera más adecuada a sus intereses. Esta afirmación coincide con la opinión mayoritaria tanto de la jurisprudencia como de la doctrina y así lo demuestra la autora que, a lo largo del capítulo, repasa tanto las sentencias recaídas sobre el tema, como las opiniones de los autores más destacados que han escrito sobre la materia. En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo, en la inmensa mayoría de sus sentencias, ha entendido que a la cláusula resolutoria no se le deben aplicar los presupuestos o requisitos exigidos para la resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC. No obstante, a esta consideración llega nuestro Tribunal a través de dos líneas interpretativas: a) según una de ellas, el fundamento de la acción del art. 1124 CC es distinto del fundamento de la acción derivada de la cláusula resolutoria expresa, por lo tanto no se debe aplicar a ésta todo lo dicho sobre la resolución por incumplimiento del art. 1124 CC. Ésta posibilidad de resolución deriva de la ley, mientras que la primera se fundamenta en un pacto, en la autonomía de la voluntad, por lo que la resolución procede porque las partes así lo quisieron y, al introducirla en el contrato dieron a su deseo la categoría de norma. Al fundamentarse en el pacto, los únicos requisitos que se pueden exigir son que el incumplimiento producido coincida con el incumplimiento previsto por las partes, y que la parte cumplidora y beneficiada por la cláusula haga uso de la facultad resolutoria y no opte, pese a todo, por exigir el cumplimiento; b) según la otra línea interpretativa, el juez no debe entrar a analizar si el incumplimiento producido es un incumplimiento esencial, como ocurre con el art. 1124 CC, porque si las partes así lo han pactado es porque es esencial para ellas. Es decir,

será esencial por voluntad de las partes independientemente de que de manera objetiva o «por naturaleza» lo sea o no.

También, la doctrina mayoritaria, en la que igualmente se apoya la autora, coincide con esa interpretación jurisprudencial. Si las partes han pactado una cláusula resolutoria, el tribunal no debe entrar a valorar si el incumplimiento previsto por la cláusula es o no esencial. A continuación, la autora expone las opiniones doctrinales más autorizadas sobre la materia como Mucius Scaevola, de Buen, Pantaleón, Montés Penadés, Clemente Meoro o Álvarez Vigaray, entre otros, que han sustentado dicha teoría.

No obstante, no toda la doctrina sostiene la opinión anteriormente expuesta y que defiende la autora. En los últimos años ha aparecido otra línea de pensamiento que revisa críticamente la teoría tradicional antes expuesta. Es cierto que estos autores se apartan de la doctrina mayoritaria y critican una serie de sentencias, pero, como la propia autora reconoce, lo hacen siempre dentro de un mismo ámbito cual es la compraventa de inmobiliaria; más concretamente, en los casos de retraso en la entrega de viviendas. El peligro, según se apunta, es que esta opinión minoritaria se extienda a otros ámbitos y acabe convirtiéndose en mayoritaria.

Los argumentos que esgrime este otro sector doctrinal se encuentran, por un lado, en el oportunismo de los compradores de vivienda que, tras el estallido de la burbuja inmobiliaria, encuentran en la cláusula resolutoria una solución para recuperar el dinero invertido en la compra que hicieron en su día de un inmueble a un precio desorbitado. Por otro lado, estos autores entienden que en estos contratos la cláusula resolutoria responde mas a una «cláusula de estilo» que a una voluntad real y negociada de las partes y, por último, citan el artículo 1504 CC y toda la jurisprudencia que lo interpreta.

3. Capítulo II. En el capítulo II la autora se dedica al análisis del art. 1504 CC, pues según la doctrina minoritaria con apoyo en este artículo se puede afirmar que el pacto de las partes no es suficiente para considerar un incumplimiento como esencial. Además, estos autores también se basan para realizar esta afirmación en una línea jurisprudencial que integra el artículo 1504 CC con el contenido del art. 1124 CC. La autora, sin embargo, demuestra a lo largo del capítulo que, ni el contenido del art. 1504, ni su interpretación jurisprudencial, son un obstáculo para que las partes otorguen carácter resolutorio al incumplimiento de la obligación del pago del precio en la compraventa de inmuebles con precio aplazado. Para ello, en primer lugar analiza la finalidad o *ratio* del art. 1504 y, en segundo lugar, su ámbito objetivo de aplicación.

Para averiguar cuál es la finalidad del precepto la Dra. Gregoraci se remonta a sus orígenes y a la razón de su mantenimiento a lo largo de la historia en nuestro Derecho. Así, concluye, después de un minucioso análisis histórico, que la finalidad del art. 1504 CC para el legislador del Código civil era doble; de una parte evitar el efecto automático de la resolución en este tipo de compraventas, y de otra, permitir el ejercicio extrajudicial de la resolución. Explica la autora que en el momento previo a la redacción del Código Civil faltaba la idea de resolución como remedio frente al incumplimiento, de modo que el concepto de resolución se construía a partir de la figura de la condición resolutoria que opera automáticamente. El legislador, y así lo corrobora la jurisprudencia de la época, quería evitar este efecto automático, tanto en general respecto a la condición resolutoria implícita, como en particular en el caso de la compraventa de inmuebles con precio aplazado, aunque las partes hubieran acudido a la condición resolutoria para el supuesto de

impago de alguno de los plazos. Evitar el automatismo de la resolución beneficiaba y beneficia tanto al vendedor como al comprador. Al vendedor por razones obvias, pues se evita que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio del comprador que dejando de pagar alguno de los plazos se puede desvincular del contrato. Pero también beneficia al comprador puesto que, si le interesa mantener el contrato, se amplía el plazo para poder pagar pues todavía le es posible hacerlo mientras no haya sido requerido. Aun cuando las partes hayan considerado esencial el incumplimiento del pago precio en el tiempo convenido, la excepcionalidad del precepto radica en que el vendedor no podrá rechazar el pago tardío mientras no haya efectuado un requerimiento resolutorio. Ahora, una vez el vendedor realiza el requerimiento, que entiende la autora que es un requerimiento resolutorio y no de pago, su situación empeora respecto a la de cualquier otro deudor pues el juez ya no podrá concederle nuevo plazo.

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación de la norma, no hay duda a juicio de la autora, de que el precepto está pensado exclusivamente para las compraventas de inmuebles con pago aplazado del precio en las que se ha incluido un pacto comisorio. Sólo si hay pacto comisorio el artículo en cuestión adquiere todo su sentido, y ello pese a que el precepto utiliza la expresión «aun cuando». Sin embargo, el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1504 CC se ha ampliado a las compraventas inmobiliarias con pago aplazado pero sin cláusula resolutoria, lo cual ha generado gran confusión en la jurisprudencia que aplica el precepto y en su interpretación.

Respecto a la jurisprudencia que integra el contenido del art. 1504 CC con el del 1124 CC (jurisprudencia que sirve de apoyo a la doctrina minoritaria para considerar que el incumplimiento de alguno de los pagos aplazados del 1504 debe ser también un incumplimiento esencial), la autora demuestra que esta interpretación jurisprudencial tampoco es un obstáculo para que las partes otorguen a este incumplimiento carácter resolutorio. Para ello, analiza este grupo de sentencias y se plantea respecto a ellas tres tipos de cuestiones: 1.º Si, como afirma un sector de la doctrina, el art. 1504 CC se aplica a todas las compraventas de inmuebles con precio aplazado, hay que ver en cuántas de estas sentencias había una cláusula resolutoria expresa por falta del pago del precio aplazado; 2.º De éstas en las que sí había una cláusula resolutoria expresa, habrá que averiguar cuántas denegaron la resolución, y, por último; 3.º Dentro de éstas, se trata de ver si fue la falta de gravedad del incumplimiento la verdadera o la única razón que fundamentó la denegación. Dando respuesta a estas cuestiones la autora pretende demostrar el verdadero alcance de esta jurisprudencia. Y, como respuesta a estas cuestiones, la autora concluye que de las 250 sentencias localizadas sobre la integración del art. 1504 con el art. 1124 CC, sólo en 76 había cláusula resolutoria expresa y, de éstas, sólo 33 deniegan la resolución, por lo que son estas últimas las que se analizan a continuación para saber si la causa de la denegación es realmente la falta de un incumplimiento esencial. La conclusión a que se llega es que en la mayoría de estas sentencias la causa de la denegación de la resolución se encuentra en el abuso del derecho y en un ejercicio de la facultad resolutoria contrario a la buena fe; en otras la causa de la denegación es que realmente el comprador no había incumplido la obligación de pago del precio (dentro de este grupo de sentencias también se observan algunas en las que si el comprador había incumplido era como medida de presión ante un incumplimiento previo del vendedor); y, por último, hay alguna sentencia en la que se deniega la resolución por falta del

requerimiento formal del art. 1504 CC. Pero realmente el fundamento no se encuentra en que el incumplimiento no fuera esencial.

Capítulo III. En los contratos en los que la cláusula resolutoria ha sido introducida por una sola de las partes, es decir, mediante una cláusula pre-dispuesta y no negociada la situación es diferente pues la atención debe centrarse en el control de su contenido, más allá de los límites del art. 1255 CC. El control de contenido se regula en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, aplicable a todo adherente, y en el Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, aplicable a los contratos con consumidores. En este último caso, como afirma la doctrina, la cláusula no debe ser considerada abusiva, es decir, no debe estar incluida en la lista de los artículos 85 a 90 TRLGDCU y además debe ser conforme a la buena fe y respetar el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. La autora considera que la sola contradicción de la cláusula con el Derecho positivo, es decir, con el art. 1124 CC, no es suficiente para considerarla nula, y concluye que la valoración de su carácter abusivo debe hacerse teniendo en cuenta los arts. 85.4, 87.3 y 4 TRLGDCU, y a través del art. 82.1 del mismo texto legal.

María Jesús MONFORT FERRERO  
Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad de Valencia

## Revistas Extranjeras

**Remedios ARANDA RODRÍGUEZ (Universidad Carlos III de Madrid) María del Rosario DÍAZ ROMERO (Universidad Autónoma de Madrid), Alfredo FERRANTE [Universidad Alberto Hurtado (Chile)] Martín GARCÍA-RIPOLL (Universidad de Murcia), Carmen JEREZ DELGADO (Universidad Autónoma de Madrid), Alma M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN (Universidad Autónoma de Madrid)**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.–II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.–Abreviaturas.

### DERECHO CIVIL

#### PARTE GENERAL

ANCEL, B.: «Un OJNI (objet juridique non identifié) à l'état civil», *SJ*, 2016, núm. 11, pp. 490-493.

Problemas jurídicos del art. 57 del Código civil ante el hermafroditismo. ¿Cómo fijar el sexo? Persona y vida privada. (*R. A. R.*)

BORGUETTI, J. S.: «Prescription», *ZEuP*, núm. 1, 2016, pp. 167-182.

Verdadero estudio comparado, aunque no muy profundo, de un catedrático francés, sobre la institución de la prescripción extintiva. El autor tiene en cuenta las reformas que al respecto se han producido últimamente en diversos países europeos, así como los proyectos de creación de un Derecho privado común europeo.

Esta tendencia reformadora ha partido de la clara insatisfacción con las normas hasta ahora vigentes. Así, el período «standard» de prescripción era en muchos países de treinta años. El segundo objeto principal de crítica era que las normas sobre prescripción resultaban en muchos casos extremadamente complejas e intrincadas.

Las principales características de los nuevos sistemas son: un período de prescripción «standard» corto (tres o cinco años, generalmente); un punto de partida subjetivo, que depende del conocimiento por el demandante de los elementos necesarios para interponer su demanda; el estableci-

miento de un plazo máximo de duración del derecho, con un momento de inicio objetivo. (*M. G.-R.*)

CSEHI, Z.: «Die Grundzüge des Verjährungsrechts des neuen ungarischen Zivilgesetzbuches von 2013», *ZEuP*, núm. 1, 2016, pp. 183-200.

El reciente Código civil húngaro, de 2013, regula de nuevo, como no podía ser menos, la prescripción, aunque sin grandes diferencias respecto del anterior, comunista, de 1959.

La prescripción no se regula en una inexistente parte general del Código civil, sino en la parte general del Derecho de obligaciones (§§ 6:21 -6:25). El § 6:21 hace una referencia a los plazos de caducidad, aunque sin gran detalle, que es dejado a los autores y a los tribunales.

En el Derecho húngaro, la prescripción es una figura que encaja más bien en el Derecho sustantivo. Tras el transcurso del plazo de prescripción, el crédito permanece como *obligatio naturalis*. Si el deudor paga esta *obligatio naturalis*, no puede repetir la prestación como consecuencia de la prescripción.

En cuanto al cómputo del plazo, el § 6:22.2 lo regula de forma objetiva; comienza con el vencimiento del crédito. Este criterio tan rígido es suavizado en parte con el instituto de la suspensión de la prescripción, que tiene en cuenta ciertos aspectos subjetivos. En cualquier caso, algunas normas establecen un comienzo de la prescripción de carácter subjetivo, es decir, cuando el legitimado tiene conocimiento de la posibilidad del ejercicio del Derecho; así sucede con el derecho de retracto, en el Derecho del seguro, y en el Derecho de la responsabilidad extracontractual.

El plazo general de prescripción es de cinco años, como ya establecía la legislación anterior; no obstante, existen numerosas excepciones. Por otra parte, estos plazos son dispositivos.

Por último, es de destacar que la acción reivindicatoria y las hereditarias no prescriben nunca. (*M. G.-R.*)

LIPARI, N.: «Intorno ai principi generali del diritto», *RDC*, 2016, núm. 1, pp. 28-39.

Necesidad de racionalizar los principios generales del derecho según sus fines e interpretaciones de ámbito general o particular. Actualización conforme al derecho constitucional. (*M. R. D. R.*)

TAMPONI, M.: «Principio di maggioranza, legittimazione del potere e autonomia privata.», *RDC*, 2015, núm. 6, pp. 1313-1319.

Observaciones sobre el ámbito de aplicación del principio de la toma de acuerdos por mayoría y su proceso de formación. Diferencias en el derecho público y privado, con especial consideración de su influencia en la sociedad de capital. (*M. R. D. R.*)

ZACCARIA, G.: «L'abuso del diritto nella prospettiva della filosodia del diritto», *RDC*, 2016, núm. 3, pp. 744-758.

Reflexiones sobre el principio que prohíbe el abuso del derecho y su ámbito de aplicación y efectos en las diferentes figuras del derecho civil. (*M. R. D. R.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

ASTONE, A.: «Il controverso itinerario dell'identità di genere», *NGCC*, 2016, núm. 2, pp. 305-317.

Artículo sobre la nueva configuración de las relaciones entre sexo, género e identidad y sobre la tutela de la identidad en general: los presupuestos para el logro del cambio de sexo en la Ley n. 164/1982 en cuanto modificada por el artículo 31 del decreto legislativo n. 150/2011. Además, el presente trabajo aborda la identidad de género en el Derecho Comunitario y en la jurisprudencia supranacional, y los efectos que la identidad de género lleva consigo en las relaciones jurídicas. (*Alma R. G.*)

BRUGUIÈRE, JM: «“Droits patrimoniaux” de la personnalité. Plaidoyer en faveur de leur intégration dans une catégorie des droits de la notoriété», *RTDC*, 2016, núm. 1, pp. 1-24.

Derechos de la personalidad con contenido patrimonial. Necesidad de tenerlos en cuenta e incluirlos en una nueva categoría como derechos de la persona. (*R. A. R.*)

CANAVA, P.: «Mutamento di sesso o di genere? Gli equivoci di una sentenza», *DFP*, 2015, núm. 4, pp. 1261-1287.

La sentencia del Tribunal Supremo italiano de 21 de mayo de 2015 n. 15138 ha estimado el recurso interpuesto contra la decisión de la Corte de Apelación de Bolonia, que había rechazado la demanda del recurrente solicitando la rectificación del sexo de masculino a femenino, basándose en la inexistencia de una intervención quirúrgica previa. (*Alma R. G.*)

CARDACI, G.: «Per un “giusto processo” di mutamento di sesso», *DFP*, 2015, núm. 4, pp. 1459-1495.

Artículo dedicado al examen, desde el punto de vista procesal, del cambio de sexo de una persona. (*Alma R. G.*)

CARICATO, C.: «Rettificazione di attribuzione di sesso e modificazione dei caratteri sessuali all'esame della Corte costituzionale», *NGCC*, 2016, núm. 4, pp. 582-594.

La sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 5 de noviembre de 2015 n. 221 objeto del comentario afronta el tema de la rectificación de la atribución del sexo, planteándose la constitucionalidad de la norma incluida en la Ley de 14 de abril de 1982 n. 164, que requiere, como condición para la rectificación del sexo, una intervención quirúrgica. (*Alma R. G.*)

FABIANI, M.: «Chronique d'Italie», *RIDA*, núm. 247, enero 2016, pp. 87-197.

Crónica del Derecho de autor en Italia. (*C. J. D.*)

GIARDINA, F.: «Interesse del minore: gli aspetti identitari», *NGCC*, 2016, núm. 1, pp. 159-164.

Artículo sobre el derecho a la identidad del hijo, en particular, el derecho al apellido y la relación existente entre la identidad genética y la identidad jurídica. (*Alma R. G.*)

KAMOCKY, P.: «Laissez-fouiller! L'argument pour les “utilisations orthogonales” des oeuvres de l'esprit dans le contexte du débat sur l'exploration des données», *RIDA*, núm. 247, enero 2016, pp. 8-85.

Análisis de la libertad de búsqueda como argumento empleado para justificar el uso de la propiedad intelectual en el contexto del debate sobre la exploración de los *donatarios*. (C. J. D.)

LATIL, A.: «Diffamation: réduction du domaine de l'honneur et de la considération», *SJ*, 2016, núm. 11, pp. 505-507.

Nota a la sentencia de la corte de Casación civil, sección primera, de 17 de diciembre de 2015, donde se reduce la extensión del honor y se desestima la difamación. (R. A. R.)

LENTI, L.: «L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (e delle Corti costituzionali)», *NGCC*, 2016, núm. 1, pp. 148-158.

Artículo sobre el principio del interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la ambigüedad y la falta de determinación de la cláusula del interés superior del menor, la particular perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de este principio, el principio de legalidad y su relación con el interés superior del menor, el alejamiento de los hijos de la familia nuclear y su correspondencia con el citado principio. (Alma R. G.)

— «Note critiche in tema di interesse del minore», *RDC*, 2016, núm. 1, pp. 86-111.

Reflexión sobre la interpretación y determinación de los intereses del menor, su voluntad, capacidad y sus complementos de capacidad por terceros. (M. R. D. R.)

LOISEAU, G.: «Protection d'informations confidentielles vs liberté d'expression», *SJ*, 2016, núm. 8, pp. 390-393.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de casación mercantil, de 15 de diciembre de 2015 sobre divulgación de información confidencial por un trabajador de la empresa. Límites a la libertad de expresión. (R. A. R.)

MANTELERO, A.: «Right to be forgotten e pubblici registri. I giudici italiani chiedono lumi alla Corte di Giustizia, ma lasciano poche possibilità al diritto alla cancellazione dei dati», *NGCC*, 2016, núm. 1, pp. 75-80.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 17 de julio de 2015 n. 15096, que circunscribiéndose a las argumentaciones ofrecidas por tal sentencia a propósito de la ordenanza que plantea una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, examina los aspectos críticos inherentes a la aplicación del «derecho al olvido» en el contexto de los registros públicos. (Alma R. G.)

NABHAN, V.: «L'exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur en droit canadien», *RIDA*, núm. 248, abril 2016, pp. 3-56.

En el contexto del derecho de autor, el artículo recoge un estudio sobre la excepción de contenido no comercial generado por el usuario en derecho canadiense. (C. J. D.)

PATTI, S.: «Il transessualismo tra legge e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (e delle Corti costituzionali)», *NGCC*, 2016, núm. 1, pp. 143-147.

Artículo sobre la transexualidad en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las primeras decisiones (el caso *Danielle Van Oosterwijck*), los nuevos aspectos de la problemática (de la posición inicial de los interesados a someterse a la intervención quirúrgica al rechazo posterior a dicha intervención), la preferencia de los aspectos subjetivos de la identidad sexual y la afirmación del principio de autodeterminación. (Alma R. G.)

PÉRÈS, C.: «Les données à caractère personnel et la mort Observations relatives au projet de loi pour une République numérique», *RD*, 2016, núm. 2, pp. 90-95.

Estudio a propósito del Proyecto de Ley sobre protección de datos. La protección de datos personales y la intimidad. (R. A. R.)

PIZARRO MORENO, E.: «Chronos en el derecho de autor: La relación entre el tiempo y la originalidad», *RIDA*, núm. 248, abril 2016, pp. 57-188.

En el contexto del derecho de autor, el artículo explora la relación que existe entre el momento en que se produce y se hace pública la obra y la originalidad de la misma. (C. J. D.)

ROSSOLILLO, E.: «La Convenzione di Monaco del 1980 e la continuità del cognome», *NGCC*, 2016, núm. 4, pp. 530-544.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 13 de noviembre de 2015 n. 23291, la cual representa uno de los escasos pronunciamientos italianos relativos a los aspectos internacionales de Derecho Privado sobre el nombre y, en particular, sobre la posibilidad para el cónyuge de mantener el apellido del ex marido después del divorcio. La sentencia constituye la ocasión, por un lado, para aclarar la relación entre normas nacionales e internacionales en materia de ley aplicable al nombre (en concreto, la Convención de Mónaco de 1980 sobre ley aplicable a los apellidos y al nombre). Por otro lado, es la oportunidad para subrayar el papel asumido por el ordenamiento italiano gracias a la jurisprudencia constitucional, de legitimidad y de mérito, acerca del principio de la continuidad del nombre cuando éste se ha consolidado en el tiempo y ha formado parte de la identidad de un sujeto. El ligamen entre continuidad del nombre e identidad personal conforma también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Corte Europea de Derechos Humanos. (Alma R. G.)

SAITO, H.: «Recent developments in the copyright field in Japan», *RIDA*, núm. 248, abril 2016, pp. 189-213.

Descripción de los últimos avances del derecho de autor en Japón. (*C. J. D.*)

STEFANELLI, S.: «Indagine preimpianto e autodeterminazione bilanciata», *RDC*, 2016, núm. 3, pp. 667-711.

Observaciones sobre los requisitos subjetivos y objetivos de acceso a las técnicas de procreación asistida y enfrentamiento a los artículos 3 y 32 de la Constitución italiana: investigación previa y diagnóstico previo a la implantación de embriones. (*M. R. D. R.*)

TERRIER, E.: «Première lecture de la loi Leonetti 2 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie», *GP*, 2016, núm. 2, vol. 136, pp. 806-810.

Estudio a propósito de la ley de 2 de febrero de 2016 sobre los cuidados paliativos a los enfermos y mayores. (*R. A. R.*)

VECCHIO, N. A.: «Il bilanciamento tra stampa e *privacy* tinta di (sangue) blu: il Principe, l'hostess ed il "cane da guardia"», *NGCC*, 2016, núm. 3, pp. 422-429.

Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2015 recurso n. 40454/07, en la que se afronta la tradicional confrontación entre la libertad de información y el derecho a la intimidad de los personajes de carácter público, en un caso que afecta a la vida privada del Príncipe Alberto de Mónaco, en el que finalmente el tribunal se decanta por la prevalencia de la libertad de información. (*Alma R. G.*)

## PERSONA JURÍDICA

CAVALAGLIO, L.: «Le comunità intermedie tra libertà e intervento statale», *CI*, 2016, núm. 1, pp. 80-87.

Artículo dedicado al análisis de la organización y función de las entidades sin fin de lucro. (*Alma R. G.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

BACACHE, M.: «Préjudice écologique et responsabilité civile», *SJ*, 2016, núm. 23, pp. 1119-1122.

Estudios a propósito de la sentencia de Casación penal, de 22 de marzo de 2016, n.º 13-87.650 sobre los daños ecológicos producidos por el hombre y su posible responsabilidad civil, aunque sea constitutivo de delito. (*R. A. R.*)

BALGANESH, S.: «Copyright and good faith purchaser», *CLR*, 2016, vol. 104, núm. 2, (abril), pp. 269-322.

Se constata el tratamiento anómalo de la ley de derechos de autor en relación con los compradores de buena fe. Desde la óptica estadounidense, las personas que, sin saberlo y de buena fe, compran una copia no autorizada de una obra protegida, están excluidas de alienar posteriormente dicha propiedad sin violar la distribución de derechos de autor. Esto se mueve de manera antitética a la protección que el sujeto tendría en otras tipologías de contratos, donde ello está permitido. El autor aboga a una protección del comprador de buena fe también en el primer caso, ya que los consumidores operan bajo las mismas restricciones informativas y desventajas que lo hacen en otros mercados en los que se ha extendido la protección de la buena fe del comprador. (A. F.)

BARBIER, H.: «Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016», *RTDC*, 2016 núm. 2, pp. 247-262.

Estudio sobre las novedades del derecho de contratos francés con la nueva reforma de 2016. (R. A. R.)

BARCELONA, M.: «La causa del contratto e il “prezzo vile”: giudizio causale e trasparenza negoziale», *NGCC*, 2016, núm. 4, pp. 503-510.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 4 de noviembre de 2015 n. 22567, según la cual sólo la fijación de un precio absolutamente privado de valor, aparente y simbólico, puede llevar consigo la nulidad del contrato de compraventa por defecto de uno de sus requisitos esenciales. Por consiguiente, la fijación de un precio notablemente inferior al valor de mercado de la cosa vendida, pero no carente totalmente de valor, pone delante de un problema de adecuación y correspondencia de las prestaciones, que afecta a la interpretación de la voluntad de los contratantes y a la eventual configuración de una causa diversa del contrato. (Alma R. G.)

BEHAR-TOUCHAIS: «La déséquilibre significatif dans le Code civil», *SJ*, 2016, núm. 14, pp. 662-665.

El desequilibrio significativo en el Derecho de consumo. Comparación de los artículos 442-6 I del Código de comercio, 2 del Código civil francés y el Derecho de consumo. Posible sanción a una de las partes. (R. A. R.)

BEIGNIER, B./ANDORNO, A.: «De l'usage du matériel informatique par l'avocat collaborateur dans le respect du secret professionnel», *SJ*, 2016, núm. 26, pp. 1290-1293.

Nota a la sentencia del Tribunal de Casación, sección 1.<sup>a</sup>, de 6 abril de 2016, n° 15-17.475 sobre el secreto profesional del abogado y su posible infracción en caso de uso de material informático. (R. A. R.)

BEIGNIER, B/BEN HADI YAHIA, S.: «Renforcement du respect de la bonne foi dans le contrat d'assurance», *SJ*, 2016, núm. 16, pp. 788-791.

El refuerzo de la buena fe en el contrato de seguro de obra. Prescripción de la acción. Falta intencional. (R. A. R.)

BOEHM, F.: «Herausforderungen von Cloud Computing-Verträgen: Vertragstypologische Einordnung, Haftung und Eigentum an Daten», *ZEuP*, núm. 2, 2016, pp. 358-387.

Desafíos planteados por los contratos de *cloud computing*: clasificación tipológica contractual, responsabilidad y propiedad de los datos.

El artículo presenta tres desafíos jurídicos actuales en el marco del *cloud computing* (o contratos sobre la «nube»). Mientras que en Alemania la discusión se centra en la clasificación de los distintos tipos de contratos, en el ámbito general europeo se le da más importancia a la configuración del contenido del contrato, especialmente, lo que se refiere a las cláusulas sobre la responsabilidad civil y sobre propiedad de los datos. (*M. G.-R.*)

BRENNER, C.: «Sources des obligations dans le Code civil rénové; passage à l'acte ou acte manqué?», *SJ*, 2016, núm. 18, pp. 898-901.

Las fuentes de las obligaciones con la nueva Ordenanza de 2016. Críticas de la autora a la nueva enumeración. (*R. A. R.*)

BROS, S.: «L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats», *RD*, 2016, núm. 1, pp. 29-34.

La interdependencia existente en el ámbito contractual entre la Corte de casación civil y la mercantil con el Código civil. Impulso de la reforma y necesidad de observancia. (*R. A. R.*)

CAGGIANO, I.: «Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una rilettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie», *RDC*, 2016, núm. 2, pp. 459-510.

Revisión del remedio restitutorio y de resarcimiento ante situaciones de utilización no autorizada de instrumentos de pago en operaciones digitales. (*M. R. D. R.*)

CARAPEZZA, G.: «Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale», *RDC*, 2015, núm. 6, pp. 1387-1418.

Necesidad de replantearse la libertad contractual frente al principio de igualdad de acceso al mercado, en una sociedad de consumo. Posibles actuaciones ilegales y remedios de defensa. (*M. R. D. R.*)

CARBONE, E.: «Le une per mezzo delle altre: interpretazione coerenziale delle clausole contrattuali», *GC*, 2016, núm. 1, pp. 17-38.

Reflexión sobre los criterios interpretativos de las cláusulas de un contrato, priorizando la interpretación sistemática y la finalidad del contrato. (*M. R. D. R.*)

— «Sulla teoria del massimo effetto nell'interpretazione dei contratti», *RDC*, 2015, núm. 6, pp. 1387-1418.

Reflexiones críticas sobre la regla contractual de conservar la máxima validez y eficacia de los contratos, en casos de interpretaciones dudosas. (*M. R. D. R.*)

CERDONIO, G.: «La prescrizione nel negozio fiduciario», *NGCC*, 2016, núm. 2, pp. 345-356.

El artículo profundiza en la figura del negocio fiduciario, en concreto, en dos aspectos: negocio fiduciario y prohibición de enajenar y prescripción del negocio fiduciario. (*Alma R. G.*)

CORRIAS, P.: «Il problema dell' onerosità-gratuita nel contratto di assicurazione e nei contratti aleatori», *RDC*, 2016, núm. 1, pp. 66-85.

Los contratos aleatorios y el riesgo en el contrato de seguro: estructura, requisitos y efectos. (*M. R. D. R.*)

CUSUMANO, V.: «Le condizioni generali di contratto: vessatorietà e bilateralità», *NGCC*, 2016, núm. 2, pp. 237-243.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 12 de octubre de 2015, que permite profundizar en el problema relativo a las condiciones generales de carácter abusivo formuladas de modo bilateral o recíproco: la cláusula de prórroga tácita o de renovación del contrato, si bien predispuesta por el contratante más fuerte en el ámbito de un contrato por adhesión, entra dentro de aquellas privadas de eficacia según la norma del artículo 1341 segundo párrafo del Código Civil, siempre y cuando no estén específicamente aprobadas por escrito por el contratante adherente, incluso pese a su carácter de reciprocidad y de bilateralidad. (*Alma R. G.*)

D'ADDA, A.: «La solidarietà risarcitoria nel diritto privato europeo e l'art. 2055 C. C. italiano: riflessioni critiche», *RDC*, 2016, núm. 2, pp. 279-305.

Revisión de la figura de la solidaridad resarcitoria derivada de los contratos, desde el punto de vista del Derecho comparado y la actual pretensión de unificación del derecho contractual a través de los PECL (*Principles of European Contract Law*) y el DCFR (*Draft Common Frame of Reference*). (*M. R. D. R.*)

D'AMICO, G.: «Sul c.d. preliminare di preliminare», *RDC*, 2016, núm. 1, pp. 40-65.

Aclaración de las obligaciones contractuales generadas por los tratos preliminares en la contratación inmobiliaria. Necesidad de aclarar los requisitos y efectos de los tratos preliminares en las relaciones contractuales mediante intermediarios. (*M. R. D. R.*)

DAMIANI, E.: «Sull' inutilità del negozio unilaterale atipico», *RDC*, 2016, núm. 3, pp. 599-626.

Revisión de los artículos 1322, 1324, 1333, 1987 *Codice Civile*, en relación a la tipicidad y ámbito de validez y eficacia de los negocios unilaterales, con especial consideración de los diferentes tipos y supuestos negociales: derechos de crédito, reales, donaciones. (*M. R. D. R.*)

DE LORENZI, V.: «Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato», *CI*, 2016, núm. 2, pp. 456-519.

Análisis de las obligaciones de medios y de las obligaciones de resultado: significado y funciones de la diligencia en *Luigi Mengoni*, la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, relatividad de los conceptos de obligaciones de medio y de resultado, la diligencia en sentido propio y las funciones de la responsabilidad contractual, la superación actual de la enseñanza de *Mengoni* abandonando la distinción entre obligaciones de medio y de resultado y la transformación de las obligaciones de medios en obligaciones de resultado, la importancia de la distinción para la determinación del contenido de la obligación y para los conceptos de cumplimiento e incumplimiento y análisis de la evolución jurisprudencial en la materia. (*Alma R. G.*)

DIDIER, Ph.: «La représentation dans le nouveau droit des obligations», *SJ*, 2016, núm. 20-21, pp. 993-996.

Estudio de los artículos 1153 y ss. de la Ordenanza que modifica el Código civil francés en materia de contratos. Comparación con la regulación anterior existente sobre el mandato y las consecuencias de la no derogación de la regulación de este último. (*R. A. R.*)

DISSAUX, N.: «À propos de la représentation en droit de la consommation», *SJ*, 2016, núm. 9-10, pp. 463-465.

Nota a la sentencia de la Corte de casación civil, sección primera, de 25 nov. 2015, nº 14-20.760 sobre la posibilidad de representación en el derecho de consumo. (*R. A. R.*)

FABRE-MAGNAN, M.: «Le devoir d'information dans les contrats: essai de tableau général après la réforme», *SJ*, 2016, núm. 25, pp. 1218-1221.

Estudio del deber de información contractual tal y como ha quedado tras la reforma del Código civil de 2016. (*R. A. R.*)

FERMEGLIA, M.: «Quando la clausola *claims made* è vessatoria? Finalmente una risposta della Cassazione», *NGCC*, 2016, núm. 3, pp. 365-372.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 10 de noviembre de 2015 n. 22891, que, tras dar cuenta de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales en materia de cláusulas *claims made* en el contrato de seguro, revisa críticamente la distinción entre cláusulas limitativas de responsabilidad y cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado. (*Alma R. G.*)

FIMMANO, F.: «I contratti nel concordato preventivo», *GC*, 2016, núm. 1, pp. 105-179.

Análisis de las consecuencias del concurso de acreedores en las relaciones contractuales. Ámbito y efectos de la suspensión de las relaciones contractuales: contratos pendientes y en curso de ejecución. (*M. R. D. R.*)

GENTILI, A.: «Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *NGCC*, 2016, núm. 1, pp. 183-196.

Artículo que trata diversas cuestiones acerca de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: los derechos fundamentales en el derecho público (eficacia vertical) y en el derecho privado (eficacia horizontal); la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia nacional de los países comunitarios y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, por último, los derechos fundamentales en las relaciones contractuales (disponibilidad, límites y remedios). (*Alma R. G.*)

GIORGIANI, M.: «La partecipazione del terzo al rapporto obbligatorio – Parte seconda: Agire nell' interesse altrui e contratto a favore di terzo», *RDC*, 2015, núm. 6, pp. 1330-1359.

Análisis de la representación directa e indirecta en el derecho contractual comparado (common law y civil law) y en el derecho privado europeo. Efectos del contrato y relaciones obligatorias. (*M. R. D. R.*)

GOUDKAMP, J./NOLAN D.: «Contributory negligence in the twenty-first century: an empirical study of first instance decisions», *MLR*, 2016, vol. 79, núm. 4 (julio), pp. 575-622.

Artículo de lectura imprescindible para quien busca un análisis empírico sobre la concurrencia de la culpa de la víctima. Los autores trazan el recorrido de los tribunales de primera instancia de Inglaterra y Gales, en relación con más de 350 sentencias en el período entre los años 2000-2014. Muchos son los interesantes resultados. Entre estos, se analiza en qué medida el motivo de la concurrencia ha contribuido en la resolución del tribunal o cómo han influenciado, entre otras variables, la edad, el género del demandante o la tipología del daño sufrido. (*A. F.*)

GOUËZEL, A.: «Revirement sur le point de départ de la prescription en matière de crédit immobilier», *SJ*, 2016, núm. 14, pp. 690-693.

Estudio a propósito de 4 sentencias de la Corte de casación francesa, sección primera, de 11 de febrero de 2016, con una posición contraria a la mantenida por el Tribunal desde el 10 de julio de 2014 sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción en materia de crédito inmobiliario. (*R. A. R.*)

GRATTON, L.: «Les clauses abusives en droit commun des contrats», *RD*, 2016, núm. 1, pp. 22-28.

Estudio a propósito del art. 1169 del proyecto de ordenanza de derecho de contratos. La autora analiza las dificultades de control de las cláusulas abusivas así como la incertidumbre de la noción de desequilibrio significativo. (*R. A. R.*)

KLEIN, J.: «Point de départ de la prescription de l'action en responsabilité de l'avocat: précisions sur la notion de "fin de la mission"», *SJ*, 2016, núm. 12, pp. 557-559.

Nota a la sentencia de la Corte de casación civil, sección primera de 14 de enero de 2016, sobre la interpretación de la noción «fin de la función». (*R. A. R.*)

KRZYPNIAK, H.: «La clause de tolérance», *RD*, 2016, núm. 4, pp. 218-224.

La cláusula de tolerancia del acreedor en caso de incumplimiento del contrato. Su diferencia con la renuncia a no exigir del deudor el cumplimiento o demandarle. (*R. A. R.*)

LABARTHE, F.: «La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil», *SJ*, 2016, núm. 23, pp. 1110-1113.

El problema de la fijación unilateral del precio en los contratos de prestación de servicios y en los contratos marco tal y como se fija en el nuevo artículo 1164 del Código civil. La nueva ordenanza que modifica el Código civil francés permite la fijación unilateral por una de las partes en caso de desacuerdo y si luego es abusivo se puede exigir ante el juez indemnización de daños y perjuicios. (*R. A. R.*)

LANDINI, S.: «Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali», *CI*, 2016, núm. 1, pp. 179-204.

Artículo dedicado, por una parte, al análisis de la cláusula de renegociación de los contratos y conservación del equilibrio contractual y, por otra, al estudio de determinadas cláusulas que encierran previsiones contractuales para el caso de vulneración de la obligación de renegociar. (*Alma R. G.*)

LOUIS-CAPORAL, D.: «La fiducie-libéralité. Réflexions sur une opération prohibée», *RTDC*, 2016, núm. 1, pp. 49-64.

El uso del negocio fiduciario en operaciones no admitidas jurídicamente. Reflexiones de tal utilización y sus consecuencias. (*R. A. R.*)

MARAZZA, M.: «Jobs act e prestazioni d'opera organizzate», *GC*, 2016, núm. 1, pp. 215-231.

Análisis del contrato de obra y trabajo asalariado. Reconstrucción sistemática de los efectos de este tipo contractual. (*M. R. D. R.*)

MARCHETTI, G.: «Sul preteso divieto delle limitazioni ex pacto della responsabilità patrimoniale del debitore del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie», *RDC*, 2016, núm. 2, pp. 511-543.

Limitaciones contractuales de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de aplicación del artículo 2740.2 del *Códice Civile*. (*M. R. D. R.*)

MAZEAUD, D.: «Présentation de la réforme du droit des contrats», *GP*, 2016, núm. 1, vol. 136-1, pp. 208-213.

Motivos de la reforma por la globalización y estudio detallado de la ordenanza. (*R. A. R.*)

MEKKI, M.: «Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information», *GP*, 2016, vol. 136, núm. 2, pp. 830-833.

Estudio a propósito del deber de información precontractual del art. 1121 Código civil francés. Este deber entra por primera vez en el Código pero los medios puestos a disposición del informado son discutibles. (R. A. R.)

— «La réforme du droit des contrats et le monde des affaires une nouvelle version du principe comply or explain!», *GP*, 2016, núm. 1, vol. 136-1, pp. 109-113.

El autor expone como la reforma del Derecho de contratos de 2016 no ha tenido en cuenta el mundo profesional, existiendo una dualidad en determinados puntos. (R. A. R.)

MOLFESSIS, N.: «Droit des contrats. Que vive la réforme», *SJ*, 2016, núm. 7, pp. 321-322.

Estudio del autor donde recoge las distintas opiniones de los juristas del momento sobre la reforma del Derecho de contratos francés. (R. A. R.)

MOSCATI, E.: «La vendita di beni di consumo: un dilemma tra garanzia e responsabilità», *RDC*, 2016, núm. 2, pp. 346-386.

Necesidad de aclarar el binomio «garantía o/y responsabilidad» en los contratos de venta de bienes de consumo, en relación a la prelación de la normativa común del código civil y la legislación en defensa de consumidores. Posibles remedios ante los supuestos de vicios de la cosa vendida: resarcimiento en forma específica, reparación y sustitución, reducción del precio, resolución del contrato, excepción de responsabilidad, inimputabilidad del defecto, etc. (M. R. D. R.)

MUCCIOLI, N.: «La responsabilità sanitaria tra medico e struttura in un caso esemplare», *NGCC*, 2016, núm. 2, pp. 282-299.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Rimini de 18 de agosto de 2015, a propósito del cual se abordan los problemas suscitados por la responsabilidad de las organizaciones sanitarias: en especial, criterios de imputación de la responsabilidad y contenido de la prestación debida, junto al reparto de la carga probatoria. (Alma R. G.)

MULLEN, S.: «Damages for breach of contract: quantifying the lost consumer surplus», *Oxford J. Legal Stud.*, 2015, vol. 36, núm. 1 (spring), pp. 83-109.

El daño no patrimonial, aceptado en materia contractual por los tribunales ingleses, crea algunos problemas o cuestiones jurídicas que la autora —haciendo uso del análisis económico del derecho— intenta detectar con particular atención en el derecho de consumo. (A. F.)

NIVARA, L.: «Le frontiere mobili della responsabilità contrattuale», *GC*, 2016, núm. 1, pp. 5-15.

Nueva visión de la responsabilidad civil contractual, analizando su evolución normativa respecto a la tutela del crédito: medidas resarcitorias, cumplimiento in natura, contractualización del daño no patrimonial. (*M. R. D. R.*)

NOBILE, S.: «Sul ruolo della buona fede oggettiva in presenza di una clausola risolutiva espressa», *NGCC*, 2016, núm. 4, pp. 511-519.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 23 de noviembre de 2015 n. 23868, que profundiza en el significado y las implicaciones del *obiter dictum* contenido en tal sentencia, el cual parece afirmar que el derecho potestativo de resolución unilateral del contrato en virtud del artículo 1456 del Código Civil italiano debe ser ejercitado de acuerdo al principio de la buena fe y a la prohibición del abuso del derecho. Esta última afirmación constituye una verdadera novedad en la jurisprudencia de legitimidad ya que con anterioridad sólo ha sido sostenida por algunos precedentes judiciales de mérito. (*Alma R. G.*)

PAGLIANTINI, S.: «Sul c.d. contratto ecologico», *NGCC*, 2016, núm. 2, pp. 337-344.

El artículo profundiza en el nuevo contrato ecológico, una figura que, teniendo en común con los contratos de consumidores y con los contratos entre empresarios la asimetría informativa y la consiguiente necesidad de reequilibrar posiciones negociales dispares, se diferencia con aquellos tipos de contratos en que el interés ambiental penetra la causa del contrato. (*Alma R. G.*)

PALMENTOLA, C.: «Clausole abusive nell'assicurazione sulla vita», *NGCC*, 2016, núm. 2, pp. 215-223.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 20 de agosto de 2015 n. 17024 sobre cláusulas abusivas y contrato de seguro de vida: El Tribunal Supremo, después de haberse ocupado en numerosas ocasiones del problema de las cláusulas abusivas en los contratos entre profesional y consumidor, aborda por primera vez este tema en relación con el contrato de seguro de vida. En particular, la decisión judicial mantiene que es abusiva, en el sentido del artículo 33 *lett. q)* del decreto legislativo de 6 de septiembre de 2005 n. 206, la cláusula que, sin llevar consigo una ventaja real para el asegurador, obliga al beneficiario al cumplimiento de una serie de cargas, inútiles y gravosas, para la obtención del pago de la indemnización. (*Alma R. G.*)

PARANCE, B.: «Ombres et lumières sur le régime du préjudice écologique», *SJ*, 2016, núm. 23, pp. 1123-1125

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de Casación penal, de 22 marzo de 2016, n.º 13-87.650 sobre el daño ecológico. Algunas deficiencias. (*R. A. R.*)

PATTI, F. P.: «Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso “Faber”», *NGCC*, 2016, núm. 1, pp. 10-18.

Artículo que versa, a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2015 causa C-497/13, sobre la carga de denuncia de la falta de conformidad del bien en el contrato de compraventa y la presunción de existencia del defecto de conformidad en el momento de la entrega del bien. (*Alma R. G.*)

PÉRÈS, C.: «Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats», *SJ*, 2016, núm. 16, pp. 770-773.

La autora analiza, a raíz de la nueva regulación del Derecho de contratos en Francia, el carácter imperativo o dispositivo de las normas generales de contratos. (*R. A. R.*)

PIEDELIEVRE, S.: «Le nouveau Code de la consommation est arrivé», *GP*, 2016, vol. 136, núm. 2, pp. 803-805.

La influencia del nuevo Derecho de contratos en el Derecho de consumo, junto al desarrollo jurisprudencial de este último ha motivado la existencia de una modificación sustancial del Derecho de consumo. De ahí que el autor hable de un nuevo Código de consumo. (*R. A. R.*)

PIRAINO, F.: «I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da vita indesiderata», *NGCC*, 2016, núm. 3, pp. 450-460.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 22 de diciembre de 2015 n. 25767 que analiza, entre otras cuestiones, el reparto de la carga de la prueba en caso de una demanda de resarcimiento del daño por vida no deseada y el propio daño por vida no querida. (*Alma R. G.*)

PIZZIMENTI, I.: «Responsabilità medica: il consenso dev’essere scritto e completo», *NGCC*, 2016, núm. 3, pp. 432-439.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 29 de septiembre de 2015 n. 19212 sobre el consentimiento informado que, dentro del ámbito de la responsabilidad médica, constituye uno de los aspectos de mayor interés y de problematicidad. En el citado comentario se analiza el tema de la forma del consentimiento informado y del consentimiento presunto, existiendo también algunas reflexiones concernientes al reparto de la carga de la prueba en caso de vulneración del deber de información por parte del médico. (*Alma R. G.*)

PRATO, E.: «Sulle clausole di rinegoziazione del contratto», *RDC*, 2016, núm. 3, pp. 801-809.

Revisión de las posibilidades de renegociación contractual por circunstancias sobrevenidas que afectan a las cláusulas esenciales del contrato: procedimiento consensual entre las partes, arbitraje, daño resarcible. (*M. R. D. R.*)

RANOUIL, M.: «De l'intérêt de la garantie d'éviction pour... le notaire!», *SJ*, 2016, núm. 7, pp. 342-344.

Las posibles responsabilidades del notario en los supuestos de evicción en la compraventa. (*R. A. R.*)

ROJAS ELGUETA, G.: «Fallimenti cognitivi e regolazione del mercato energetico», *CI*, 2016, núm. 1, pp. 253-268.

Artículo dedicado a la tutela del consumidor en el mercado europeo de la energía. (*Alma R. G.*)

SAUPHANOR-BROUILLAUD, N/AUBRY, H.: «Recodification du droit de la consommation. À propos de l'ordonnance núm. 2016-301 du 14 mars 2016», *SJ*, 2016, núm. 14, pp. 666-669.

La reforma del Derecho de contratos ha motivado una nueva ordenación de gran parte de la normativa relativa al consumidor, lo que ha motivado que se hable de recodificación del Derecho de consumo. Las autoras analizan la nueva normativa. (*R. A. R.*)

SEMERARO, M.: «Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto», *GC*, 2016, núm. 2, pp. 333-364.

Reflexión sobre los efectos jurídicos de los tratos preliminares en las negociaciones contractuales, según la cualificación de los acuerdos adoptados. (*M. R. D. R.*)

SGBIN, E.: «Linee guida e responsabilità della struttura sanitaria», *NGCC*, 2016, núm. 4, pp. 564-577.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 19 de octubre de 2015, según la cual el respeto a las líneas directrices y a las prácticas profesionales acreditadas por la comunidad científica no exime a las organizaciones y centros sanitarios de responsabilidad contractual cuando se han ejecutado las prestaciones médicas de forma no adecuada en relación al cuadro médico del paciente. (*Alma R. G.*)

SINDRES, D.: «Exposition á un risque et perte de chance: un couple mal assorti?», *RTDC*, 2016, núm. 1, pp. 25-48.

Estudio del artículo 1238 del Código civil reformado sobre la pérdida de oportunidad. Problemas con la exposición a un riesgo. (*R. A. R.*)

TAISNE, JJ: «La distinction du terme et de la condition: certitude objective de l'événement ou certitude subjective?»

Estudio a propósito de la sentencia de 7 de enero de 2016, de la Corte de casación civil, sección tercera, sobre el carácter objetivo o subjetivo de la certidumbre del acontecimiento que debe ocurrir en el condición. Diferencia con el término. (*R. A. R.*)

ULESSI, C./ Buset, G.: «Locazione abitativa e patto occulto di maggiorazione del canone», *NGCC*, 2016, núm. 2, pp. 268-282.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 17 de septiembre de 2015 n. 18213, que afronta la problemática del destino de los pactos de aumento de la renta, ocultos y objeto de un procedimiento de simulación, que resultan del contrato de arrendamiento de vivienda escrito e inscrito. Los autores del citado comentario subrayan el nexo existente entre la vulneración de las normas tributarias y la nulidad civil y las soluciones dadas por la jurisprudencia, que ha sancionado la nulidad insubsanable de tales pactos. (*Alma R. G.*)

VINEY, G.: «Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité», *SJ*, 2016, núm. 4, pp. 169-182.

La autora manifiesta la poca claridad y seguridad del derecho de responsabilidad civil para los no juristas, dado que ha sido un desarrollo jurisprudencial por la escasez y poca claridad normativa. A propósito de la reforma del Derecho de contratos manifiesta la necesidad de reformar de forma clara el Derecho de daños. (*R. A. R.*)

VVAA: «Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations», *SJ*, 2016, núm. extra 7-2.º, pp. 1-64.

Anotaciones a la Ordenanza de reforma del Derecho de contratos en Francia. (*R. A. R.*)

WAGNER, G.: «Der Verbrauchergüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?», *ZEuP*, núm. 1, 2016, pp. 87-120.

Quince años tras la promulgación de la *Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* es ya tiempo para una toma de posición crítica. Los Estados miembros han seguido diversas estrategias en la transposición de los propósitos de la Directiva, estrategias que no han sido igualmente efectivas en todos los países.

Además, la jurisprudencia de TJUE sobre las garantías en las ventas de bienes de consumo ha desarrollado de tal modo las escasas reglas de la Directiva que ha llegado a irritar a algunos Estados miembros. Ante tal estado de cosas, se plantea la cuestión de si el TJUE ha sacrificado la racionalidad económica en el altar de la protección del consumidor. (*M. G.-R.*)

ZALEWSKI-SICARD, V.: «La responsabilité civile et le défaut de souscription des assurances-construction», *GP*, 2016, vol. 136-1, pp. 228-234.

Incumplimiento del Código de la construcción, por no asegurar los riesgos de la obra. Responsabilidad civil del incumplidor. (*R. A. R.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BERTOLINI, A.: «La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto edificatori di cui all'art. 2643, n. 2. Bis CC.», *NLCC*, 2016, núm, 2, pp. 327-365.

Análisis de la *Directiva 2014/17/UE, sobre contratos de créditos hipotecarios a consumidores para la adquisición de viviendas*, en aras de unificación de regulaciones de los estados miembros. Supuestos de incumplimiento y efectos. (*M. R. D. R.*)

CAROTA, L.: «Dai beni pubblici ai beni comuni», *CI*, 2016, núm. 1, pp. 105-122.

Artículo dedicado a las modernas transformaciones del derecho de propiedad y análisis del proyecto de reforma del Libro tercero del Código Civil elaborado por la Comisión Rodotá: tal proyecto propone una nueva categoría, la de los bienes comunes, que no encaja necesariamente en la especie de los bienes públicos, sino en la de los bienes de titularidad difusa, pudiendo pertenecer no sólo a personas públicas sino también a privadas. (*Alma R. G.*)

CONTALDO, A./PELUSO, F.: «La distribuzione e il ciclo del prodotto nell'attività cineaudiovisiva», *Dir. Aut.*, 2015, núm. 4, pp. 598-638.

La distribución de la actividad cineaudiovisiva es el sector dentro de tal ámbito en el que se consiente, mediante el oportuno contrato, la entrega del producto a una o más agencias con la finalidad de que se dirijan a difundir, en el territorio indicado en el contrato, la película en la modalidad prevista: la distribución en las salas cinematográficas, la distribución a través del mercado de la televisión, del DVD y de nuevos canales de distribución vía web y la distribución mediante el alquiler de la película. (*Alma R. G.*)

DI MICO, P.: «L'estensione temporale delle tutele in materia di diritto d'autore: spunti per un'analisi comparatistica», *Dir. Aut.*, 2015, núm. 3, pp. 489-503.

En los últimos años muchos países han buscado uniformar la propia legislación en materia de *copyright* para su conformidad a los standard internacionales, extendiendo la duración temporal de la tutela prevista a favor de los autores o de los artistas: en este sentido este artículo analiza la experiencia de USA y la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Golan v. Holder* (2012), el ejemplo de Canadá con las recientes modificaciones legislativas y el caso de Italia con la aprobación del Decreto Legislativo de 21 de febrero de 2014 n. 22. (*Alma R. G.*)

D'OTTAVI, M. F.: «La copia privata nel Regno Unito: l'introduzione dell'eccezione per copia privata nell'ordinamento britannico e il suo annullamento a seguito della sentenza della *UK High Court of Justice*», *Dir. Aut.*, 2015, núm. 3, pp. 475-488.

Artículo que reflexiona acerca del futuro de la copia privada en el Reino Unido: con la sentencia de la *UK High Court of Justice* de 17 de septiembre de 2015 se vuelve al periodo precedente al año 2014, en el cual las copias de obras protegidas realizadas para uso personal eran consideradas como viola-

ciones del derecho de autor, a menos que estuviesen justificadas por la licencia del titular del derecho. (*Alma R. G.*)

LOBUONO, M: «La tutela dei creditori ipotecari fra codice antimafia, normativa bancaria e categorie del diritto civile», *GC*, 2016, núm, 1, pp. 39-77.

Observaciones sobre la necesidad de reforzar la protección civil de los acreedores de derechos reales de garantía en el ámbito de la actividad bancaria. (*M. R. D. R.*)

MARCHESE, F. P.: «Gli artisti interpreti o esecutori ed il risarcimento del danno. Casi comparati: Confederazione Svizzera, United States of America, Hong Kong e UK-Wales», *Dir. Aut.*, 2015, núm. 4, pp. 577-597.

Las situaciones que afrontan los artistas intérpretes en la actividad musical son múltiples y la dificultad de un concertista para hacer valer sus propios derechos como tal autor es todavía un tema actual. El artículo presenta una serie de casos de Derecho comparado, peculiares respecto a la problemática que surge en cuanto al cumplimiento de la función reparadora del resarcimiento del daño causado, si se tiene en cuenta que para el artista los aplausos de su público y la posibilidad de cantar o de tocar un instrumento pueden eliminar el daño causado e incluso pueden convertirse en su gran recompensa. (*Alma R. G.*)

PIEDELIEVRE, S.: «La réforme du gage des stocks», *GP*, 2016, núm. 1, vol. 136-1, pp. 156-158.

Estudio a propósito de la Ordenanza n° 2016-56 de 29 de enero de 2016 sobre la prenda de stocks del Código de comercio. Positivización de la doctrina de la Corte de casación francesa en la sentencia de 7 de diciembre de 2015. (*R. A. R.*)

QUADRI, R.: «Pubblicità e garanzia nel contratto di cessione dei diritti edificatori di cui all' art. 2643, n. 2. Bis CC.», *NLCC*, 2016, núm, 2, pp. 291-326.

Análisis de la interrelación entre el derecho privado y el derecho administrativo respecto a los efectos derivados del derecho a edificar y la regulación de su cesión. (*M. R. D. R.*)

SCALIA, C. M.: «Le immissioni di rumore: superamento della normale tollerabilità e danno risarcibile», *NGCC*, 2016, núm. 4, pp. 554-564.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 16 de octubre de 2015 n. 20297 sobre la relación existente entre las normas de Derecho Público y las de Derecho Privado en materia de ruidos y, en concreto, sobre la calificación del daño resarcible. (*Alma R. G.*)

SPOTO, G.: «L'Assemblea di condominio e i problemi di validità delle deliberazioni», *CI*, 2016, núm. 1, pp. 88-103.

En el marco de la entrada en vigor de la nueva normativa sobre comunidades de propietarios se analizan diversas cuestiones en este artículo: la naturaleza jurídica de los acuerdos de vecinos, los criterios diferenciadores entre acuerdos nulos y anulables y el funcionamiento de la junta de propietarios. (*Alma R. G.*)

TREPOZZ, E.: «De la difficile détermination du propriétaire du support d'une oeuvre d'art», *SJ*, 2016, núm. 6, pp. 281-283.

Nota a la sentencia de la Corte de casación civil, Sección primera de 28 de octubre de 2015. (*R. A. R.*)

VENOSTA, F.: «Dichiarazioni inviate o pervenute in fotocopia, principio di apparenza e conclusione del contratto», *GC*, 2016, núm. 1, pp. 79-103.

Reflexión acerca de la necesidad de reforzar el proceso de transmisión de declaraciones contractuales a la parte interesada, para el efectivo cumplimiento de sus obligaciones. Análisis de la sentencia Cass. N. 17641 de 2012. (*M. R. D. R.*)

VITERBO, F.: «La rinuncia del comproprietario al suo diritto», *RDC*, 2016, núm. 2, pp. 387-417.

Análisis del acto de renuncia de la cuota de un copropietario sobre un derecho: requisitos, funciones y límites. Especial atención a las cláusulas de exclusión o de renuncia a partes comunes del objeto en copropiedad. (*M. R. D. R.*)

## DERECHO DE FAMILIA

ASTONE, A.: «L'indisponibilità del paradigma eterosessuale del matrimonio e la rilevanza delle unioni omoaffettive», *DFP*, 2015, núm. 4, pp. 1239-1260.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 21 de abril de 2015 n. 8097 acerca del debate en la doctrina y jurisprudencia sobre la solución más conveniente ante el cambio de sexo del cónyuge durante su matrimonio: ¿conservación de la relación matrimonial o divorcio de carácter automático en el momento del cambio de sexo? (*Alma R. G.*)

AULETTA, T.: «Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?», *NLCC*, 2016, núm. 3, pp. 367-411.

Reflexión sobre los efectos de la regulación de las uniones no matrimoniales y sus diferentes supuestos. (*M. R. D. R.*)

AZZARRI, F.: «Diritti fondamentali e stato civile: il caso delle trascrizioni dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero», *NGCC*, 2016, núm. 3, pp. 402-412.

El presente artículo analiza las motivaciones por las que la decisión del Consejo de Estado italiano de 26 de octubre de 2015 n. 4897 ha afirmado la ilegitimidad de la inscripción en el registro italiano del estado civil de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el extranjero. (*Alma R. G.*)

BAILLON-WIRTZ, N.: «La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel», *SJ*, 2016, núm. 23, pp. 1114-1116.

La autora analiza los problemas jurídicos que se presentan en el divorcio cuando no interviene el juez. Entiende que ha sido algo muy precipitado donde quedan graves lagunas. (*R. A. R.*)

BELVIS, E.: «I rapporti tra simulazione e separazione consensuale», *RDC*, 2015, núm, 6, pp. 1387-1418.

Valoración de la prioridad del acuerdo de las partes frente al principio de certeza jurídica en supuestos de simulación de estado jurídico personal y convenio de separación en relaciones conyugales. Efectos personales y patrimoniales, con especial protección de terceros de buena fe. (*M. R. D. R.*)

BERTINO, L.: «Accordi di indirizzo all'amministrazione della casa familiare ed obblighi restitutori tra coniugi», *RDC*, 2016, núm, 3, pp. 810-842.

Revisión jurisprudencial de los aspectos patrimoniales del derecho de familia entre cónyuges coposedores de bienes privativos. (*M. R. D. R.*)

BINET, JR: «Établissement judiciaire de la filiation en cas d'assistance médicale à la procréation endogène: application du droit commun», *SJ*, 2016, núm. 18, pp. 914-916.

Estudio del artículo 1241, 1.º del Código de salud pública sobre asistencia médica a la procreación sin tercero donante. Estudio a propósito de la sentencia de casación civil de 16 de marzo de 2016 que señala las consecuencias respecto de la filiación paterna. (*R. A. R.*)

CAREDDA, V.: «La responsabilità genitoriale: spunti di riflessione», *DFP*, 2015, núm. 4, pp. 1424-1435.

Artículo sobre el tránsito de la potestad de los progenitores sobre el hijo hacia la responsabilidad paterna en la reforma del derecho de familia italiano, esto es, los progenitores no son llamados ya a asumir una potestad sobre el hijo sino una paritaria responsabilidad. (*Alma R. G.*)

CASONATO, M.: «Psicoterapie, percorsi e altra psicologia spicciola cassati dalla prima sezione civile», *NGCC*, 2016, núm. 1, pp. 31-41.

Comentario sobre dos decisiones judiciales (sentencia del Tribunal Supremo italiano de 1 de julio de 2015 n. 13506 y sentencia del Tribunal de Milán de 10 de septiembre de 2015), que abordan la cuestión relativa al poder del juez para obligar, en interés del hijo, a los progenitores incapaces de gestionar el conflicto de pareja a someterse a tratamientos psicoterapéuticos individuales: en particular, se trata las relaciones entre medidas terapéuticas y judiciales e implicaciones del uso de la mediación en los procedimientos judiciales relativos a la ruptura de las parejas. (*Alma R. G.*)

CHAIGNEAU, A.: «Pour un droit du lien. Le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé», *RTDC*, 2016, núm. 2, pp. 263-278.

Cambios en la filiación debido a la posibilidad de gestación por otro. Polémica social y doctrinal. (*R. A. R.*)

FRANCOZ TERMINAL, L.: «L'avenir du pacs après la légalisation du mariage des couples de personnes de même sexe», *GP*, 2016, núm. 2, vol. 136, pp. 838-841.

Consecuencias de la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en el ámbito del régimen económico, concretamente, en el PACS. (*R. A. R.*)

GIAIMO, G.: «Status coniugale e volontà delle parti nella crisi della famiglia. Brevi note comparatistiche in tema di negoziazione assistita», *DFP*, 2015, núm. 4, pp. 1515-1530.

Artículo sobre la negociación asistida como fórmula de resolución extrajudicial de conflictos dentro del ámbito de la familia y particular análisis del ordenamiento jurídico francés en tal materia. (*Alma R. G.*)

IRTI, C.: «Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico», *NGCC*, 2016, núm. 3, pp. 481-492.

Artículo sobre el mutable concepto del orden público y, en particular, sobre los límites del orden público en determinados supuestos polémicos: maternidad subrogada y adopción por parte de personas solas y por matrimonios del mismo sexo. (*Alma R. G.*)

JUSTON, M.: «Regard d'un juge aux affaires familiales sur la médiation familiale à distance et internationale», *GP*, 2016, vol. 136, núm. 2, pp. 842-845.

El autor observa los graves inconvenientes que se plantean cuando la familia tiene problemas y está separada geográficamente. Por ello, apela a la recomendación de la Unión Europea publicada el 31 de julio de 2015 de promover la videoconferencia en el ámbito de la justicia entre los Estados miembros. (*R. A. R.*)

LAMBERTYE-AUTRAND, MCH: «Intention matrimoniale et Convention franco-marocaine du 10 août 1981», *SJ*, 2016, núm. 22, pp. 1080-1082.

El Convenio regula la celebración del matrimonio y los efectos de este hasta su disolución cuando uno de los cónyuges es de nacionalidad marroquí y otro de nacionalidad francesa. La regla general es la aplicación de la ley de la nacionalidad pero varía según el lugar de celebración y quien actúe en cada supuesto. (*R. A. R.*)

MAYERI, S.: «Foundling fathers: (non-) marriage and parental rights in the age of equality», *Yale L. J.*, 2016, vol. 125, núm. 8 (junio), pp. 2292-2392.

Interesantísimo artículo en el cual la autora analiza los derechos de los padres no casados, en contraposición con los casados, desde el punto de vista del derecho estadounidense. Se constata que el Derecho de familia y

su interpretación constitucional, ha tenido en cuenta, en su evolución, mediante el reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo, una ampliación de los derechos de los hijos no matrimoniales o legitimando el divorcio. Sin embargo, ha arrinconado los derechos de los «padres solteros», no otorgándole prerrogativas similares a las de los padres casados. Se analiza la jurisprudencia que, en las décadas pasadas, ha intentado nivelar esta desigualdad y se constata que muchas veces este estatus no viene equiparado a los padres divorciados. Problema siempre más actual, dado que se constata que la paternidad no matrimonial se va transformando en la regla entre los estadounidenses de bajos ingresos y en las comunidades de color. (A. F.)

MANTOVANI, M.: «Immaturità, fragilità dei genitori e affidamento dei figli: sul lettino di Freud», *NGCC*, 2016, núm. 1, pp. 24-31.

Comentario sobre dos decisiones judiciales (sentencia del Tribunal Supremo italiano de 1 de julio de 2015 n. 13506 y sentencia del Tribunal de Milán de 10 de septiembre de 2015), que se pronuncian sobre la delicada cuestión relativa al poder del juez para obligar, en interés del hijo, a los progenitores inmaduros e incapaces de gestionar el conflicto de pareja a someterse a tratamientos psicoterapéuticos individuales y de apoyo a la paternidad: ¿supondría una lesión de la libertad de autodeterminación? (*Alma R. G.*)

MIOTTO, G.: «Adozione omoparentale e preminente interesse del minore», *DFP*, 2015, núm. 4, pp. 1333-1361.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Menores de Roma de 30 de julio de 2014, que es el primer pronunciamiento judicial que reconoce en Italia la adopción del menor por parte del compañero sentimental del progenitor biológico del menor. (*Alma R. G.*)

MIRKOVIC, A.: «L'anonymat du don de gamètes validé au regard de la Convention EDH», *SJ*, 2016, núm. 3, pp. 108-111.

Estudio a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de 12 de noviembre de 2015, núm. 372121 sobre la conveniencia o no del anonimato del donante de gametos. (*R. A. R.*)

MULSON: «Le nouvel article 267 du Code civil une extension bienvenue des pouvoirs du juge du divorce en matière liquidative», *GP*, 2016, núm. 1, vol.136-1, pp. 118-121.

La ampliación de poderes del juez de familia tras la reforma del divorcio de 2015 a la hora de la liquidación patrimonial del matrimonio. (*R. A. R.*)

NEJAIME D.: «Marriage equality and the new parenthood», *Harv. L. Rev.*, 2016, vol. 129, núm. 5 (marzo), pp. 1185-1266.

Análisis estadounidense del reconocimiento, a nivel nacional, del matrimonio de las personas del mismo sexo, consecuencia de la sentencia *Obergefell v Hodges*. En particular, el autor profundiza las repercusiones que este nuevo aspecto pueden tener en relación con los vínculos de paternidad. Para esto, pone particular énfasis en el recorrido que ha conducido a los nuevos

modelos de paternidad, como el progresivo reconocimiento de los derechos de los padres no casados, biológicos y biológicos no casados. En este sentido, el reconocimiento del matrimonio del mismo sexo ha servido para remodelar otras figuras. Respuesta comentada, en la misma revista, de Joslin Courtney (sección forum, pp. 197-211). (A. F.)

Nocco, A.: «L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44, lett. d), l.n. 184/1983», *NGCC*, 2016, núm. 2, pp. 205-215.

Comentario a las sentencias del Tribunal de Menores de Piamonte y del Valle de Aosta de 11 de septiembre de 2015 n. 258 y 259, que rechazan la demanda de adopción de dos menores iniciada por parte de la conviviente del mismo sexo de la madre biológica de los niños. El comentario valora la oportunidad de acoger la tesis contraria que, en virtud del interés superior del menor, acepte el uso de la adopción en casos particulares como éste. (*Alma R. G.*)

PALADINI, M.: «Limiti all'opponibilità del diritto dell'assegnatario di casa familiare», *NGCC*, 2016, núm. 2, pp. 243-253.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 11 de septiembre de 2015 n. 19971 sobre la cuestión de la oponibilidad al adquirente de un bien inmueble del derecho personal de goce sobre el mismo del que es titular uno de los cónyuges no propietario tras la crisis conyugal, aunque el procedimiento de atribución de la vivienda haya sido pronunciado posteriormente a la venta del bien al tercer adquirente. Dicho comentario critica la solución a favor de la oponibilidad por la que se decanta el Tribunal Supremo, en cuanto choca con el sistema de inscripción y con las reglas de transmisión y preferencia de los derechos reales sobre inmuebles. (*Alma R. G.*)

QUADRI, E.: «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione», *GC*, 2016, núm. 2, pp. 255-282.

Reflexión sobre la regulación de la unión de parejas del mismo sexo y efectos normativos. (*M. R. D. R.*)

SPATUZZI, A.: «Il conflitto di interessi nella responsabilità genitoriale», *DFP*, 2015, núm. 4, pp. 1496-1514.

Artículo sobre la representación y la administración de los bienes en virtud de la potestad de los progenitores: en particular, análisis del conflicto de intereses entre el progenitor no donante de un bien y los hijos menores beneficiarios de la donación en caso de que el otro progenitor sea el donante. (*Alma R. G.*)

STEFANELLI, S.: «Indagine preimpianto e autodeterminazione bilanciata», *RDC*, 2016, núm. 3, pp. 667-711.

Observaciones sobre los requisitos subjetivos y objetivos de acceso a las técnicas de procreación asistida y enfrentamiento a los artículos 3 y 32 de la Constitución italiana: investigación previa y diagnóstico previo a la implantación de embriones. (*M. R. D. R.*)

ZELCEVIC-DUHAMEL, A: «L'action récursoire du solvens d'une obligation alimentaire contre ses coobligés non poursuivis par le créancier», *SJ*, 2016, núm. 19, pp. 971-973.

Estudio a propósito de la sentencia de Casación civil, sección 1.ª, de 16 marzo de 2016, n.º 15-13.403 sobre incumplimiento de la obligación de alimentos y la falta de exigencia por el acreedor. (*R. A. R.*)

ZINGALES, I.: «Azioni a tutela del possessore e legittimazione ad agire del coniuge non proprietario della casa di residenza familiare: orientamenti della giurisprudenza», *DFP*, 2015, núm. 4, pp. 1312-1332.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Brindisi de 26 de mayo de 2014, según la cual la disponibilidad material de la vivienda familiar en favor del cónyuge no propietario no puede configurarse como un derecho real, sino como un derecho personal de goce sobre la vivienda. (*Alma R. G.*)

## DERECHO DE SUCESIONES

BALLERINI, L.: «Effetti e pubblicità della sentenza di riduzione», *NGCC*, 2016, núm. 4, pp. 594-607.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 4 de diciembre de 2015 n. 24755, que, partiendo del viejo debate sobre la posición jurídica del legitimario, en especial en caso de preterición, se ocupa de algunas cuestiones específicas en materia de sucesión necesaria, en particular, del derecho del reservatario victorioso en la reducción, a obtener bienes *in natura*, a la restitución de los frutos producidos por los bienes objeto de las disposiciones reducidas y a la inscripción de la sentencia de reducción. (*Alma R. G.*)

RUBINO, M.: «Il divieto di apporto di lavoro nell'associazione in partecipazione», *NLCC*, 2016, núm. 2, pp. 185-209.

Análisis de las sociedades con aportaciones de trabajo frente a la contratación laboral y los efectos de ambos tipos contractuales. (*M. R. D. R.*)

TOMMASINI, M. F.: «Abolizione del diritto di commutazione e resistenze del sistema», *DFP*, 2015, núm. 4, pp. 1436-1458.

Con la Ley n. 219 de 10 de diciembre de 2012 (bajo la rúbrica «Disposiciones sobre el reconocimiento de hijos naturales») el legislador italiano, completando el proceso de igualdad de la filiación iniciado con la reciente reforma del derecho de familia, ha otorgado al Gobierno el poder de suprimir una de las últimas discriminaciones perpetradas en el sistema italiano frente a los hijos naturales: el derecho de conmutación. Así, se preveía que los hijos legítimos y sus descendientes podían expulsar de la comunidad hereditaria a los hijos naturales del difunto correspondiendo a éstos únicamente el valor de su cuota. (*Alma R. G.*)

VIGLIONE, F.: «Disciplina delle successioni mortis causa e diritti fondamentali: analisi comparatistica di una relazione controversa», *RDC*, 2016, núm. 1, pp. 112-135.

Visión de derecho comparado de los derechos fundamentales del hombre en el ámbito del derecho sucesorio: voluntad del testador, filiación, discriminación por razón de orientación sexual, relaciones de convivencia, etc. (*M. R. D. R.*)

## VARIA

SALES, P.: «Rights and fundamental rights in English Law», *C. L. J.*, 2016, vol. 75, núm. 1 (marzo), pp. 86-108.

Se examinan, desde la perspectiva del derecho inglés, los derechos fundamentales; en particular, el papel que estos juegan, tanto en el derecho público y privado y el por qué tienen un rol más relevante en el primer campo. Se destaca el análisis que se efectúa entre los derechos fundamentales de la normativa nacional y aquella de la Convención Europea de Derechos Humanos, prospectándose las consecuencias frente a un hipotético escenario en el cual se derogara el *Human Rights Act* de 1998. (*A. F.*)

## DERECHO MERCANTIL

### PARTE GENERAL. EMPRESA

MARABINI, F.: «Analisi dei possibili profili anticoncorrenziali della normativa italiana in tema di *crowdfunding*», *CI*, 2016, núm. 2, pp. 552-593.

El objetivo del presente artículo es, por una parte, analizar la normativa italiana existente en materia de *crowdfunding*, figura que consiste en el proceso por el cual varias personas otorgan sumas de dinero de modesta entidad para la financiación de un proyecto empresarial o iniciativas de diverso género utilizando plataformas o portales de Internet. También se estudia si la intervención del legislador italiano a la hora de regular esta figura, de modo sectorial y dentro de rígidos parámetros, es susceptible de dañar o falsear la competencia o si, en cualquier caso, de tal normativa derivan efectos anticoncorrenenciales. (*Alma R. G.*)

MÖLLERS, TH. M. J.: «Europäische Gesetzgebungslehre 2.0: Die dynamische Rechtsharmonisierung im Kapitalmarktrecht am Beispiel von MiFID II und PRIIP», *ZEuP*, núm. 2, 2016, pp. 325-357.

Desde la crisis financiera de 2008 los legisladores de todo el mundo han endurecido sus reglas referidas a los bancos, compañías de seguros y otros partícipes en los mercados de capitales.

El Derecho financiero europeo tiene su origen en el informe Segré, de 1966. Las actuales normas europeas tienen su origen en la Comunicación de la Comisión sobre Aplicación del marco de acción para los servicios finan-

cieros: Plan de acción (Financial Services Action Plan, FSAP), del año 1999. La mayoría de las actuales directivas y reglamentos descansan sobre el FSAP; así, la Directiva 2003/71, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores (Directiva Prospecto); la Directiva 2004/39, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID); la Directiva 2003/6, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado); la Directiva 2004/109, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado (Directiva transparencia); la Directiva 2004/25, relativa a las ofertas públicas de adquisición (Directiva adquisición).

Para la transposición del FSAP se propuso un propio proceso de implementación por una comisión de cuatro expertos bajo la dirección del Barón de Lamfalussy, conocido como procedimiento Lamfalussy, que establece tres niveles de implementación y un nivel de control, en total, cuatro niveles. Esto ha llevado a una amplia reglamentación, con directivas marco, directivas de ejecución, así como regulaciones a través del Committee of European Securities Regulators. La crisis financiera de 2008 llevó a una reforma de la estructura europea de control y a más de 30 medidas individuales en el ámbito del Derecho bancario, del mercado de capitales y del seguro, propuestas por el grupo de expertos de Larosière. Por tanto, el Derecho europeo y los nacionales de mercados de capitales están estructurados por seis niveles legales relevantes.

Basado en la legislación reciente (MiFID II y PRIIP), el autor plantea cuatro cuestiones teóricas: el problema de la armonización mínima y máxima; la presión de los legisladores nacionales para que se aprueben nuevas normas; la relación entre directivas y regulaciones directamente aplicables; y la influencia del Derecho europeo sobre áreas jurídicas no armonizadas (*M. G.-R.*).

TOLA, M.: «L'impresa familiare. Attualità ed evoluzione dell'istituto nella prospettiva della mediazione», *NGCC*, 2016, núm. 3, pp. 471-480.

Artículo relativo a la dimensión de la empresa en el ámbito familiar: interés de la familia e interés de la empresa, los derechos reconocidos a los familiares, la evolución del concepto de familia y su reflejo en la normativa de empresas y la perspectiva de la mediación. (*Alma R. G.*)

## DERECHO DE SOCIEDADES

BRIZZOLARI, V.: «Cessione d'azienda e limitazione della responsabilità del cessionario in danno del creditore: un nuovo caso di abuso del diritto?», *NGCC*, 2016, núm. 3, pp. 365-372.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Reggio Emilia de 16 de junio de 2015, que sugiere la aplicación del principio del abuso del derecho al caso de la cesión de empresa entre dos sociedades, detrás de las cuales se hallan los mismos sujetos, en la medida en que tiene una finalidad elusiva de la deuda y, por lo tanto, propone la concesión al acreedor de la posibilidad de acudir al procedimiento de ejecución forzosa frente a la sociedad adquirente. (*Alma R. G.*)

CHIARELLI, M.: «L'applicabilità della prescrizione presuntiva all'esercizio della professione intellettuale in forma societaria», *NGCC*, 2016, núm. 1, pp. 82-88.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 25 de junio de 2015 n. 13144 sobre la prohibición del ejercicio de las profesiones intelectuales en forma societaria y sobre el problema de si a la sociedad se le puede aplicar la prescripción presuntiva de carácter trienal. (*Alma R. G.*)

CONFORTINI, C.: «Sul recesso dalle società per azioni», *CI*, 2016, núm. 1, pp. 269-275.

Estudio sobre el derecho de desistimiento unilateral del socio en las sociedades de capital a la luz de la reforma del derecho de sociedades italiano. (*Alma R. G.*)

LEYENS, P. C.: «Comply or Explain im Europäischen Privatrecht – Erfahrungen im Europäischen Gesellschaftsrecht und Entwicklungschancen des Regelungsansatzes», *ZEuP*, núm. 2, 2016, pp. 388-426.

Las obligaciones de información referentes al cumplimiento o no de los códigos de conducta no legales (*comply or explain*, cumplir o explicar) pueden servir para la coordinación abierta del Derecho privado. Dentro del Derecho de la Unión Europea este punto de vista se está desarrollando de forma continua en el Derecho de Sociedades [v. Recomendación de la Comisión sobre la calidad de la información presentada en relación con la gobernanza empresarial («cumplir o explicar»), de 2014]. En el futuro, el *comply or explain* puede encontrar un lugar en áreas del Derecho privado relacionadas con el Derecho de Sociedades (así, Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobernanza empresarial, de 2014). Conforme a la experiencia previa, los efectos deseados de regulación y armonización están condicionados de forma decisiva por el interés privado de coordinación de los partícipes en el mercado (*M. G.-R.*).

MACRI, C.: «Responsabilità contrattuale per mancato lancio di Opa totalitaria», *NGCC*, 2016, núm. 4, pp. 573-583.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 3 de julio de 2015 n. 20560 sobre el reconocimiento de la existencia de un verdadero y propio derecho subjetivo de los socios minoritarios a obtener el resarcimiento del daño que hayan logrado acreditar a causa de la falta de proposición de la OPA obligatoria totalitaria. (*Alma R. G.*)

SPERANZINI, M.: «Criteri di liquidazione della partecipazione nel caso di recesso da S. R. L. e autonomia statutaria», *RDC*, 2016, núm. 3, pp. 878-900.

El derecho a la liquidación del valor de las participaciones y las limitaciones estatutarias en la S. R. L. (*M. R. D. R.*)

WELLER, M.-PH.: «Wind of Change im Gesellschaftsrecht: Von den “closed” zu den “framed open societies”», *ZEuP*, núm. 1, 2016, pp. 53-75.

El artículo repasa el desarrollo del Derecho de sociedades alemán y europeo. En dicho desarrollo se pueden distinguir tres fases:

1. El período de la República de Bonn (1949-1990) puede ser caracterizado como el de las sociedades cerradas, donde la teoría de la sede real prevaleció en Derecho Internacional de Sociedades alemán. Su principal objetivo era la protección del acreedor y el inversor interno. No se reconocían sociedades extranjeras que tuvieran su sede en Alemania.

2. Después de la caída del telón de acero, la introducción del libre movimiento de capitales por el Tratado de Maastricht (1992), y después la famosa sentencia Centros de TJUE (1999), hicieron que el régimen del Derecho de sociedades de los Estados miembros fuera menos protector; por tanto, comenzó la fase de las sociedades abiertas. En Alemania, hubo un cambio desde la teoría de la sede real a la teoría de la incorporación, permitiendo a los accionistas optar por cualquier tipo de entidad legal extranjera para sus actividades comerciales internas. Además, el Derecho de sociedades sustantivo de los Estados miembros fue desregulado.

3. Sin embargo, la crisis económica y financiera de 2008 llevó a una vuelta atrás. Así, los intereses de otros partícipes (tales como intereses de los acreedores, empleados y el interés público) han sido tomados de nuevo más en serio. Las libertades de los accionistas están limitadas por el Derecho concursal y por normas imperativas internacionales. Por tanto, ahora se puede hablar de una fase de sociedades abiertas enmarcadas (*framed open societies*) (*M. G.-R.*).

ZACCARIA, A.: «La collazione delle partecipazioni sociali diverse dalle azioni», *RDC*, 2016, núm. 2, pp. 418-431.

Análisis del procedimiento de colación de participaciones sociales a la apertura de la sucesión y de la división de la herencia: bienes inmuebles y bienes muebles.

Estudio doctrinal y jurisprudencial al hilo de las sentencias de casación n. 596 del 31 gennaio 1989 y n. 20258 del 25 settembre 2014. (*M. R. D. R.*)

## DERECHO CONCURSAL

BUSET, G.: «Preliminare di vendita immobiliare, domanda di esecuzione in forma specifica trascritta dal promissario acquirente e fallimento del promittente alienante», *NGCC*, 2016, núm. 1, pp. 41-53.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 16 de septiembre de 2015 n. 18131 acerca de los efectos de la quiebra sobre el contrato preliminar de compraventa: en concreto, es una cuestión muy debatida si el curador en la quiebra del promitente vendedor tiene o no concedida la posibilidad de desligarse del contrato preliminar pendiente cuando, con anterioridad a la quiebra, el promissario comprador ha interpuesto e inscrito la demanda ex artículo 2932 del código civil italiano. Si bien durante un largo tiempo tanto doctrina como jurisprudencia se han inclinado por una respues-

ta afirmativa, en los últimos años la tesis negativa tiene cada vez mayores partidarios. (*Alma R. G.*)

DI CARLO, A./BISOGNO, M.: «Le attestazioni del professionista nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti», *GC*, 2016, núm, 1, pp. 181-213.

Análisis de las posibilidades de refinanciación y reestructuración de la deuda en los supuestos de concursos de acreedores. (*M. R. D. R.*)

FIMMANO, F: «I contratti nel concordato preventivo», *GC*, 2016, núm, 1, pp. 105-179.

Análisis de las consecuencias del concurso de acreedores en las relaciones contractuales. Ámbito y efectos de la suspensión de las relaciones contractuales: contratos pendientes y en curso de ejecución. (*M. R. D. R.*)

## ABREVIATURAS

<i>CLR</i>	California Law Review
<i>C. L. J.</i>	Cambridge Law Journal
<i>CI</i>	Contratto e Impresa
<i>DFP</i>	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
<i>Dir. Aut.</i>	Il Diritto di Autore
<i>GC</i>	Giustizia Civile
<i>GP</i>	Gazette du Palais
<i>Harv. L. Rev.</i>	Harvard Law Review
<i>MLR</i>	Modern Law Review
<i>NGCC</i>	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
<i>NLCC</i>	Le Nuove Leggi Civili Commentate
<i>Oxford J. Legal Stud.</i>	Oxford Journal of Legal Studies
<i>RD</i>	Recueil Dalloz
<i>RDC</i>	Rivista di Diritto Civile
<i>RIDA</i>	Revue Internationale du Droit d' Auteur
<i>RTDC</i>	Revue Trimestrielle de Droit Civil
<i>RTDPC</i>	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
<i>SJ</i>	La Semaine Juridique
<i>Yale L. J.</i>	Yale Law Journal
<i>ZEuP</i>	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2015

**Ramón CASAS VALLÉS (UB), Agustín SERRANO DE HARO (Escuela Judicial), Roberto SIERRA GABARDA (Escuela Judicial), Carles VENDRELL CERVANTES (UAM)**

**STC 9/2015, de 2 de febrero**

**Recurso de amparo: Estimado.**

**Ponente: Pérez de los Cobos.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva y a una resolución fundada en Derecho. Expresión de la valoración de prueba. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Ámbito sanitario. Consentimiento informado. Método anticonceptivo fallido.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24.1 de la Constitución.**

Una de las dimensiones, quizás la más relevante, en que se proyecta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución Española, CE) es el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo del asunto. De acuerdo a una contrastada doctrina jurisprudencial, son resoluciones motivadas «(...) *aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, la ratio decidendi* (...)» (SSTC 144/2007, de 18 de junio y 126/2013, de 3 de junio). La sentencia que se reseña a continuación versa sobre esta dimensión del art. 24.1 CE con ocasión de una problemática sensible: la responsabilidad patrimonial de las AAPP en el ámbito sanitario.

Del relato fáctico destacan los siguientes hechos. El 25 de junio de 2005, D.<sup>a</sup> R. D. S. O. (el nombre no se facilita al ser un caso en que concurren menores que, de acuerdo a la normativa internacional, demandan una protección especial) acudió al *Hospital Germans Trias i Pujol* (dependiente del *Institut Català de la Salut*) para que se le implantara un método anticonceptivo conocido como «Implamon» en la extremidad superior izquierda. Meses después, el 5 de octubre, la recurrente se personó en el mismo centro médico a los efectos de certificar su estado de gestación de 9 semanas. Finalmente, el 19 de abril de 2006 dio a luz a una niña, A. L. R. D. S., que nació con una enfermedad crónica por la que se le reconoció una minusvalía del 70 por 100.

Frente a esta actuación, D.<sup>a</sup> R. D. S. O. formuló el 16 de diciembre de 2005 reclamación de responsabilidad patrimonial frente al *Institut Catalá de la Salut* con motivo de la gestación no deseada. Reclamación que fue ampliada una vez se certificó la enfermedad de la recién nacida (extendiéndose la pretensión a estos extremos) y que, no obstante, fue desestimada por silencio. Concluida la vía administrativa, la recurrente acudió a la jurisdicción ordinaria el día 9 de enero de 2007 mediante la interposición de un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que fue desestimado por sentencia de 18 de mayo de 2010.

Frente a la desestimación de sus pretensiones, la demandante formuló recurso de casación el 1 de septiembre de 2010 en el que denunció expresamente que la sentencia impugnada carecía de motivación por cuanto (i) no expresaba las pruebas que llevaron al Tribunal a formar su convicción ni (ii) las razones por las que no se valoraron las pruebas presumiblemente favorables a las pretensiones de la recurrente. El recurso fue desestimado por sentencia de 3 de mayo de 2012 en la que, a la vista de las pruebas propuestas por la parte demandada, se concluyó que sí existía consentimiento informado y que el anticonceptivo había sido correctamente colocado.

Con fecha 14 de junio de 2012, D.<sup>a</sup> R. D. S. O. promovió incidente de nulidad frente a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo sobre la base de dos motivos: (i) infracción del art. 24.1 CE por cuanto la resolución incurría en error patente e irracionalidad en la valoración de la prueba y (ii) infracción del art. 24.2 CE en su vertiente de derecho al juez ordinario predeterminado por la ley por existir posibles vínculos entre el ponente de la sentencia de casación y un médico del mismo departamento que efectuó la intervención. El incidente fue desestimado por auto de 19 de julio de 2012 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Como última vía, la recurrente acudió Tribunal Constitucional mediante el correspondiente recurso de amparo con fecha 3 de septiembre de 2012 en el que se reiteraron los dos motivos aducidos en el incidente de nulidad.

Con carácter preliminar, la sentencia dedica la primera parte de su fundamentación jurídica a justificar la concurrencia de una trascendencia constitucional en el asunto que justifica el dictado de una resolución sobre el fondo (Fundamento Jurídico núm. 3). El Tribunal pone de manifiesto que, de estimarse la demanda de amparo, la denunciada lesión del art. 24.1 CE se habría producido en el contexto de un caso que presenta unas circunstancias sobre las que nunca había tenido oportunidad de pronunciarse: responsabilidad patrimonial en ámbito sanitario y consentimiento informado como criterio rector de la adecuación a Derecho de la actuación administrativa. Este es el motivo que le habilitaría para poder pronunciarse sobre el fondo.

A continuación, se fija el marco dentro del cual se resolverá la controversia: el artículo 24.1 CE en su vertiente del derecho a la obtención de una resolución fundada en Derecho sobre el fondo del asunto. Acoge así el criterio del Ministerio Fiscal en el que se precisaba que la controversia no giraba en torno a la infracción del derecho de prueba (art. 24.2 CE) sino a la plasmación de la valoración probatoria en la sentencia. Es decir, en torno a la motivación (art. 24.1 CE).

El Tribunal comienza recordando su doctrina sobre esta materia. Precisa que el deber de motivación «no exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado» (vid. sentencias citadas *ut supra* en párrafo primero) sino que será suficiente con que las resoluciones «vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la

*decisión (...)*» (*vid.* sentencias citadas *ut supra* en párrafo primero). Indica asimismo que el deber de motivación también se ve cumplido con el otorgamiento de una respuesta tácita siempre y cuando se puedan conocer sus razones (STC 314/2005, de 12 de diciembre y STC 160/2009, de 29 de junio).

A continuación (FJ núm. 4), se analiza detalladamente el Fundamento Jurídico núm. 6 de la sentencia impugnada en el que se valoran las pruebas que el Tribunal Supremo tuvo en cuenta para alcanzar su convicción. Y es aquí donde se empieza a vislumbrar la vulneración del art. 24.1 CE. De manera contundente concluye que, en dicha fundamentación, no se hizo un análisis expreso de las pruebas que, presumiblemente, probarían los hechos alegados por la recurrente: a saber, que el dispositivo anticonceptivo no fue implantado y que no existió consentimiento informado. Una omisión que ni siquiera se integraría por medio del razonamiento tácito por cuanto no existen datos suficientes en la sentencia impugnada que permitan conocer las razones por las cuales el órgano de casación no tuvo en cuenta su valor probatorio.

Posteriormente, El Tribunal Constitucional desarrolla un prudente análisis externo acerca de la entidad de las pruebas omitidas en el razonamiento de la sentencia impugnada cuidando de no realizar ningún juicio sobre su eficacia. La conclusión a la que llega es determinante: los medios de prueba cuya valoración fue omitida en sentencia *«evidencian una consistencia suficiente para que sea exigible al órgano jurisdiccional un análisis detallado de las mismas que diese contestación a la tesis de la demandante (...)*». Una consistencia que se sustentaría, entre otros motivos, en la falta de contundencia de las pruebas que el Tribunal Supremo tuvo en consideración para desestimar el recurso de casación; a saber, (i) interrogatorio de un testigo que manifestó no saber nada y (ii) prueba documental consistente en parte del servicio de urgencias cuyo autor es desconocido.

En conclusión, el Tribunal Constitucional entiende que las pruebas cuya valoración no se reflejó en la sentencia de casación eran lo suficientemente importantes como para haber merecido un análisis detallado que hubiera permitido dar a entender a la actora las razones por las que su pretensión fue desestimada. Por lo tanto, declara que la sentencia impugnada vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la recurrente en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada sobre el fondo. Una solución que, además, hace innecesario pronunciarse sobre el segundo motivo de amparo aducido por las recurrentes: vulneración del derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley.

**STC 18/2015, 16 de febrero.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: González-Trevijano Sánchez.**

**Conceptos: Derecho a la propia imagen. Derecho a la intimidad personal. Libertad de información. Interés público constitucionalmente relevante. Imágenes y detalles de una relación sentimental previamente difundida. Tolerancia respecto de publicaciones anteriores similares.**

**Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 20.1 d) CE; art. 2.1 LO 1/1982.**

La presente sentencia resuelve un conflicto habitual en el ámbito de la relación entre la protección de los derechos fundamentales de la personalidad

de personas de notoriedad pública (en este caso, la intimidad e imagen de Gonzalo Miró) y la libertad de expresión o información de la prensa del corazón o sensacionalista. Este conflicto puede formularse, en particular, bajo la siguiente pregunta: ¿en qué medida la tolerancia o consentimiento del titular del derecho respecto de informaciones e imágenes privadas o íntimas anteriores excluye el derecho del titular de impedir a otros medios la publicación de nuevas informaciones e imágenes de la misma naturaleza?

La sentencia del TC resuelve este conflicto, como viene siendo habitual en los últimos años, de forma distinta a como lo hizo la Sala Primera del Tribunal Supremo y, en concreto, en el sentido de rechazar la interpretación amplia de la libertad de información realizada por el Tribunal Supremo y optar, en su lugar, por la prevalencia de los derechos a la intimidad y a la propia imagen (en este mismo sentido, pueden verse las anteriores STC 176/2013 [*Álvarez-Cascos*], STC 19/2014 [*Melanie Olivares*] o STC 7/2014 [*Mónica Estarreado*], reseñadas en las anteriores ediciones de esta sección de 2014 y 2015, respectivamente).

Los hechos del presente caso son los siguientes: Gonzalo Miró –casi tan habitual en la prensa sensacionalista española como en los tribunales (recuérdese el caso de la STC 190/2013, relativo a las publicaciones que trataron de especular sobre la identidad de su padre [también reseñado en esta revista])– interpuso una demanda contra los responsables de tres programas de televisión emitidos en Telecinco y Antena 3, en los que se difundieron distintas imágenes en las que aparecía junto con su nueva pareja, María Eugenia Martínez de Irujo (otra habitual de la prensa especializada y de los tribunales [*vid.*, p. ej., STS 26-II-2009, RJ 2009/1517]).

En particular, las imágenes e informaciones litigiosas fueron emitidas a finales de agosto y principios de septiembre de 2005 y consistieron, en esencia, en una en la que «*aparece el Sr. Miró acompañando a la Sra. Martínez de Irujo al Palacio de Liria [...] metiendo cosas en el maletero de un coche y besándose entre ellos*» y otra en la que la pareja aparecía «*en una haima en Marruecos y en el interior de una discoteca*» (AH, 2). Estas imágenes fueron objeto de comentarios en las tertulias de esos programas de televisión, sin que ninguno de estos comentarios fuera objeto de acciones por vulneración del derecho al honor.

No son hechos discutidos del procedimiento –o, al menos, así quedaron fijados los hechos en la instancia, según resumió la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2012 (RJ 2012/4711)– que (i) las imágenes litigiosas fueron captadas y difundidas en los programas de televisión litigiosos sin el consentimiento del demandante (tampoco con el de su pareja, que no demandó en este procedimiento); (ii) estas imágenes fueron captadas en lugares públicos; (iii) Gonzalo Miró y su pareja no adoptaron medidas específicas para preservar su intimidad o imagen en esos espacios públicos; y (iv) con anterioridad a la publicación de las imágenes e informaciones litigiosas, Gonzalo Miró había concedido entrevistas y realizado declaraciones «*en relación con su vida amorosa*» y, en concreto, había aparecido «*frecuentemente en los medios de comunicación hablando de su relación sentimental con M.<sup>a</sup> Eugenia Martínez de Irujo*»; más en concreto, se resaltó que la noticia e imágenes de esta relación habían sido divulgadas por la revista *Hola* el 10 de agosto de 2005; revista a la que el demandante habría concedido, con posterioridad, entrevistas exclusivas, en las que habría declarado «*«estar enamorado de Eugenia» facilitando otras explicaciones al respecto tales como que la diferencia de edad entre ambos la veía como «una*

ventaja», pues «en estos momentos todo lo veo así» (apud AH 5.º de la STS 18.4.2012, que reproduce la prueba documental aportado al procedimiento).

A la vista de estos hechos, la Sala Primera del Tribunal Supremo estimó, en la sentencia citada, los recursos de casación de las sociedades demandadas y descartó la intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen. Para el Tribunal Supremo, en particular, «*el grado de consentimiento en la inmisión en su vida privada a través de la concesión de entrevistas y declaraciones en relación con su vida amorosa es lo que hace que el peso en este caso de la libertad de información sea mayor*»; o dicho de otro modo, por esa concreta conducta del demandante «*la afectación del derecho a la intimidad y a la propia imagen es muy escasa frente a la protección del derecho a la libertad de información*» (STS 18.4.2012, FD 5.º *in fine*).

El Tribunal Constitucional, como queda dicho, estima el recurso de amparo del demandante, declara la vulneración de sus derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, declara la nulidad de la Sentencia del Tribunal Supremo y acuerda la retroacción de actuaciones para que el Tribunal Supremo se pronuncie (exclusivamente) sobre la indemnización derivada de la intromisión, que también había sido objeto de los recursos de casación de las sociedades demandadas (la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2015 [RJ 2015/5499] ha desestimado finalmente el recurso de casación respecto de la indemnización).

Para llegar a esta conclusión, la argumentación seguida por el Tribunal Constitucional se apoya en dos premisas: 1) la caracterización en abstracto del contenido de los derechos fundamentales a la propia imagen y a la intimidad según la doctrina constitucional y, en particular, el papel del consentimiento respecto de intromisiones anteriores; y 2) la caracterización –algo voluntarista, como se verá– de la *ratio decidendi* de la Sentencia del Tribunal Supremo. Seguidamente, el Tribunal Constitucional cierra su razonamiento y decisión con una consideración –nada novedosa– sobre el contenido y alcance del interés público informativo protegido por el art. 20.1 d) CE.

1) *La caracterización en abstracto de los derechos fundamentales a la propia imagen y a la intimidad personal: el papel del consentimiento respecto de intromisiones anteriores.*—Como es habitual en las sentencias del Tribunal Constitucional en este ámbito, la resolución del conflicto planteado viene precedida de una síntesis de la doctrina constitucional de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE afectados. Y, también como es habitual, la caracterización incide, lógicamente, en aquellos aspectos relevantes del conflicto, de manera que, antes de llegar a la aplicación al caso de esa doctrina, se anticipa fácilmente cuál va a ser el sentido del fallo.

En el caso concreto, la Sentencia resalta –especialmente, al reseñar la doctrina relativa al derecho a la propia imagen y sobre lo dicho en la anterior STC 208/2013 (*Crónicas Marcianas*)– que este derecho fundamental «*no prescribe ni queda condicionado por la circunstancia de que, en ocasiones pasadas, el titular del derecho haya otorgado su consentimiento para la reproducción de su aspecto físico o no haya reaccionado frente a una reproducción no consentida, pues a cada persona, y solo a ella, corresponde decidir en cada momento sobre dicha reproducción*» (FD 4.º). Por su parte, al reseñar el derecho a la intimidad, también señala –en este caso, sobre la base de la STC 7/2014 (*Mónica Estarreado*)– que «*el hecho de que el interesado haya sido proclive a dar a conocer aspectos de su vida privada o que la rela-*

*ción afectiva fuera ya conocida, no son circunstancias susceptibles de cercenar el derecho a la intimidad»* (FD 5.º).

Fijada la doctrina constitucional aplicable en estos términos, no resulta difícil advertir la suerte de la argumentación determinante de la *ratio decidendi* de la Sentencia del Tribunal Supremo: para el Tribunal Constitucional, es irrelevante que, en el presente caso, «*el afectado haya consentido, en otras ocasiones, la reproducción de su aspecto físico o no haya reaccionado frente a una reproducción no consentida*» (FD 6.º).

Sucede, sin embargo, que tanto la doctrina expuesta como su aplicación no atiende a las circunstancias fácticas concretas del caso enjuiciado y, en particular, a la relevancia de la conducta del demandante respecto de la publicación anterior y posterior de la revista *Hola*. Repárese, en este sentido, en que los casos en los que el Tribunal extrae la doctrina expuesta no plantearon una situación similar (ni siquiera en el de *Mónica Estarreado*, donde la prueba acerca de la conducta de la demandante era mucho más imprecisa).

Es cierto, con todo, que la Sentencia del Tribunal Supremo tampoco extrajo de este hecho su verdadera o única *ratio decidendi* (aunque, indudablemente y como se expondrá a continuación, lo conectó acertadamente con el interés público informativo generado por el propio demandante); y también lo es que, aunque el Tribunal Constitucional no entrara más detenidamente en la cuestión, su doctrina parece clara y difícilmente alterable, incluso en casos más difíciles como el presente: cuando se trata de informaciones o imágenes pertenecientes a la prensa del corazón o sensacionalistas, los derechos a la intimidad y a la imagen operan como sólidos derechos de exclusiva, de manera que solo el consentimiento concreto del titular excluirá la ilicitud de la intromisión. Así resulta, sin asomo de duda, en la presente Sentencia, en la que el Tribunal concluye que «*las escenas divulgadas versan sobre aspectos relativos a la vida privada del demandante, de manera que la invasión no consentida de ese ámbito reservado cercena la facultad de exclusión que aquél ostenta frente a una publicidad no querida*» (FD 7.º).

2) *La ratio decidendi de la Sentencia del Tribunal Supremo según el Tribunal Constitucional.*—Estrechamente relacionado con lo anterior, la Sentencia del Tribunal Constitucional resume la razón decisoria formulada por la Sala Primera del Tribunal Supremo de un modo que soslaya, en parte, la cuestión más compleja que presenta el caso. No se trata, ni mucho menos, de una caracterización desacertada (de hecho, la falta de contundencia de la argumentación del Tribunal Supremo facilita esa caracterización), pero sí tiene algo de superficial e, incluso, como quedó apuntado, algo de voluntarista.

Para el Tribunal Constitucional, «*lo que parece decantar el juicio de ponderación que efectúa la Sentencia impugnada*» es «*el hecho de que las imágenes hayan sido tomadas en lugares de acceso público o de que el afectado no hubiera puesto los «medios necesarios para sustraerse a la curiosidad ajena, pretendiendo reservar su imagen frente a cualquier injerencia y marcando un claro ámbito de privacidad»*» (FD 6.º). De este modo —e igual que respecto de la cuestión de la (ir)relevancia de la conducta del demandante— los argumentos del Tribunal Supremo son presentados sin conexión con la libertad de expresión y, en concreto, con el interés público informativo que podría haber generado el propio demandante; es más, casi aparecen formulados en la Sentencia del Tribunal Constitucional como si su relevancia en el enjuiciamiento realizado por el Tribunal Supremo radicara en la propia contribución causal del demandante en el ilícito o en sus consecuencias (lo que, lógicamente, nada tiene que ver con la libertad de expresión).

Y no es dudoso que la Sala Primera del Tribunal Supremo no adoptó este planteamiento; o, al menos, que la cuestión merecía una consideración más detallada o adaptada al caso concreto. Obsérvese, en este sentido, que los hechos del caso revelan el riesgo de que los derechos (de exclusiva) de la intimidad y la propia imagen puedan ser usados para un propósito incompatible con la libertad de expresión e información, de manera que esos derechos no sean ese (supuestamente) venerable derecho a no ser molestado (o a que nos dejen en paz, en su exitosa formulación retórica), sino el derecho a controlar cualquier información que se publica sobre nosotros y conseguir así que los medios hablen siempre bien de nosotros (*vid.*, sobre esta idea, Posner, R. A., «The Right of Privacy», *Ga. L. Rev.*, 1978, pp. 395-397).

Huelga precisar que Gonzalo Miró parecía bastante satisfecho cuando era la revista *Hola* la que divulgaba las imágenes e información de su relación; pero, en cambio, no le gustó cuando esa divulgación la realizaron otros medios, lo que es coherente con la naturaleza exclusiva del derecho y con la caracterización ofrecida por esta Sentencia del Tribunal Constitucional: es únicamente el titular del derecho quién decide qué invasiones en el ámbito objetivo de protección del derecho son lícitas o ilícitas. Ahora bien, como queda dicho, es probable que el límite de la libertad de expresión e información merezca, en estos casos, una reflexión más profunda.

En cualquier caso, esta interesante cuestión (en la que, como queda dicho, el Tribunal Constitucional no entra) deviene completamente irrelevante tan pronto como se repare en la concepción del interés público informativo utilizada por el Tribunal Constitucional (en este caso y en su anterior doctrina).

3) *Las imágenes e información sobre la relación sentimental de Gonzalo Miró no se refieren a asuntos de relevancia pública y, por tanto, no forman parte del concepto de interés público informativo protegido por el art. 20.1 CE.*—Esta conclusión —indiscutiblemente apoyada en la jurisprudencia constitucional— opera como argumento de cierre en la Sentencia (*vid.* FD 6.º *in fine*; FD 7.º *in fine*). No obstante, como se comprenderá, deviene una razón más fundamental o preliminar: si nuestra jurisprudencia constitucional sigue considerando —a diferencia de lo que ha venido haciendo, acaso con mayor flexibilidad y sentido práctico, la Sala Primera del Tribunal Supremo— que informaciones como las que son objeto de este caso están excluidas del ámbito de protección del art. 20.1 d) CE simplemente porque no contribuyen «a la formación de la opinión pública y asegurar una información libre en el seno de una sociedad democrática» (FD 7.º *in fine*), es claro que el conflicto de estas informaciones con los derechos del art. 18.1 CE debería ser, en principio, más sencillo.

**STC 93/2015, 14 de mayo**

**RI: Estimación parcial.**

**Ponente: González Rivas. Votos particulares discrepantes de Asua, Roca y Valdés y Xiol.**

**Conceptos: Recurso de inconstitucionalidad. Decreto-Ley autonómico.**

**Límites materiales del Decreto-Ley. Derecho a la propiedad privada.**

**Derecho a la vivienda. Planificación general de la actividad económica.**

**Preceptos de referencia: Artículos 33, 86, 149.1.1, 149.1.8, 149.1.13 de la Constitución Española; Artículos 25 y 110 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; Artículo 1 y Disposición Adicional Segunda del**

**Decreto-Ley de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda y Artículos 1.3, 25 y 53.1 a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía.**

Las severas consecuencias que la crisis económica ha causado en el ámbito de la vivienda (entre otras: el incumplimiento por los deudores hipotecarios de sus obligaciones con la consiguiente ejecución y lanzamiento, la pérdida de valor del parque inmobiliario y el debilitamiento del sector financiero) no han pasado desapercibidas para el legislador. Los poderes públicos, con el afán de paliar los dramáticos efectos que dicha crisis estaba proyectando sobre los deudores, ha ido aprobando en los últimos años diversos instrumentos normativos dirigidos, especialmente, a tutelar a los deudores hipotecarios en situación de particular necesidad. Entre esas normas, destaca el Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda aprobado por la Junta de Andalucía («Decreto-Ley 6/2013») que ha motivado el conflicto constitucional que nos ocupa.

Dicha norma contiene un conjunto de medidas de diversa naturaleza que tienen como denominador común el responder a una situación de emergencia en el ámbito de la vivienda. Por citar algunas de ellas, destacan (a) la imposición al propietario de toda vivienda del deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico (Artículo 1.3 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía-«Ley 1/2010»- en la redacción dada por el art. 1 del Decreto-Ley 6/2013); (b) la previsión de un régimen de sanciones para quienes incumplan lo anterior (Artículos 25 y 53.1 a) de la Ley 1/2010 en la redacción dada por el art. 1 del Decreto-Ley 6/2013); y (c) la inclusión de un sistema de expropiación forzosa del uso de las viviendas como medida para paliar los efectos severos de los procesos de ejecución (Disposición Adicional Segunda del Decreto-Ley 6/2013).

Aprobado el Decreto-Ley 6/2013, la Abogacía del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra las siguientes disposiciones del mismo: (i) el Artículo 1, por el que se da nueva redacción a los arts. 1.3, 25 y 53.1.a) de la Ley 1/2010 y (ii) la Disposición Adicional Segunda.

La parte demandante, antes de desarrollar sus pretensiones, comienza con una alegación previa no exenta de interés y de problemática: el régimen jurídico aplicable a la figura del Decreto-Ley autonómico. La Abogacía del Estado razona que, dado que la regulación del art. 110 del Estatuto de Autonomía de Andalucía es prácticamente similar a la prevista para el Decreto-ley estatal, deberá aplicarse al Decreto-Ley autonómico (en el caso de Andalucía) la doctrina constitucional derivada del art. 86 CE que, no obstante, deberá ser objeto de una interpretación más restrictiva. Una conclusión que, a juicio de la actora, tiene especial relevancia por cuanto supone la sujeción a la doctrina relativa a la apreciación de las circunstancias de urgencia habilitantes de esta figura jurídica así como los límites materiales a los que debe quedar constreñida.

Sentado lo anterior, la recurrente desarrolla sus pretensiones. Estas se podrían organizar en dos grandes grupos. Por un lado, impugna los artículos 1.3, 25 y 53.1 a) de la Ley 1/2010 en la redacción dada por el Decreto-Ley 6/2013 sobre la base de cuatro grandes argumentos: (a) ausencia del presupuesto habilitante del Decreto-Ley autonómico; (b) no respetar los límites materiales del

Decreto-Ley autonómico; (c) lesionar el contenido esencial del derecho de propiedad del art. 33 de la Constitución Española («CE») y (d) invadir las competencias del Estado reguladas en el Artículo 149.1 apartados 1,8 y 13 de la CE. Por otro lado, la Abogacía del Estado manifiesta que la Disposición Adicional Segunda del Decreto-Ley 6/2013 es inconstitucional por discriminatoria y por invadir las competencias del art. 149.1.13 CE correspondientes al Estado.

Admitida a trámite la demanda, La Junta y el Parlamento de Andalucía se opusieron, aduciendo que no puede entenderse que los presupuestos habilitantes del Decreto-Ley autonómico deban ser interpretados de forma más restrictiva que los estatales ya que ello supondría reducir esta figura a la nada. Ambas instituciones defienden que la situación de emergencia queda suficientemente reflejada en la norma, que de ninguna manera se está afectando al contenido esencial del derecho de propiedad del art. 33 CE por cuanto el derecho a que se refiere el Decreto-Ley es el art. 25 del Estatuto de Autonomía, que no se están rebasando los límites materiales del art. 110 del Estatuto de Autonomía de Andalucía y que, finalmente, la CA no está vulnerando las competencias estatales ya que, en todo momento, está actuando en el estricto marco de una competencia suya: la regulación de la vivienda.

Sentadas de esta forma las pretensiones de las partes, es tiempo de abordar la fundamentación jurídica realizada por el Tribunal Constitucional en el complejo asunto que nos concierne. Al igual que hace la parte recurrente, el TC comienza con una alegación previa cuyo contenido, aun siendo primario, es de notoria relevancia para el desarrollo de la motivación ulterior. Así, se afirma que los Consejos de Gobierno de las CCAA, siempre y cuando sus Estatutos de Autonomía lo hayan previsto, pueden aprobar legislación de urgencia con pleno sometimiento al art. 86 CE. Un sometimiento que su fundaría en el principio democrático. Esto, dice el Tribunal, no es óbice para que las CCAA puedan añadir o endurecer los requisitos de dicha figura, tal y como sucede con el Artículo 110 del Estatuto de Autonomía (FJ 5).

Entrando de lleno en las cuestiones controvertidas, el Tribunal Constitucional aborda la primera de ellas: ¿Concurren las circunstancias de urgencia que justifican la aprobación de esta norma? Para responder a la pregunta, se indica que es necesario estudiar los dos criterios consagrados por la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 182/1997, de 30 de octubre, FJ 3). A saber, (a) que la definición de la situación de urgencia sea explícita y razonada y (b) que las medidas recogidas en el Decreto-Ley sean adecuadas a esa situación de necesidad.

En cuanto al primer criterio, tras recordar que no es admisible «*la utilización de fórmulas rituales de una marcada abstracción*» (STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6), el TC concluye que el Gobierno andaluz expuso detalladamente la situación de emergencia social y económica, concretó los efectos de dicha emergencia sobre el ámbito de la vivienda y todo ello lo hizo de manera razonada. En lo que respecta al segundo criterio, el Tribunal señala que, aun cuando existen procedimientos legislativos especialmente ágiles para atender a tal emergencia, la situación era tan grave que requería de una inmediatez que las medidas recogidas en el Decreto-Ley vinieron a satisfacer. La fundamentación distingue así entre la efectividad y la ejecutividad inmediata de las medidas, concluyendo que es la primera la que ha de concurrir aunque se demore la segunda. Tal y como sucede en este caso en el que las medidas recogidas en el Decreto-ley son eficaces inmediatamente aunque su ejecución esté diferida en el tiempo por su propia naturaleza. Por lo tanto, se cumplió este segundo criterio y, por ende, concurrió el presupuesto habilitante para la adopción del Decreto-ley (FFJJ 7 a 11).

La segunda cuestión controvertida oscila en torno a la posible vulneración del art. 33 CE por parte de los Artículos 1.3, 25 y 53.1 a) de la Ley 1/2010 en la redacción dada por el Decreto-Ley 6/2013. O lo que es lo mismo, si el Decreto-Ley vulneró los límites materiales de los Decretos-Leyes autonómicos recogidos en los Artículos 86 CE y 110 Estatuto de Autonomía de Andalucía. La noción de «afectación» de los derechos constitucionales (proscrita por el art. 86 CE) pasa a ser la cuestión central de esta impugnación y lo que ocupa, en primer lugar, el razonamiento del TC. A tal efecto, en el FJ 12, la sentencia recuerda la jurisprudencia constitucional clásica manifestando que la expresión afectar debe ser entendida en el sentido de «*que ni reduzca a la nada el Decreto-Ley...ni permita que por Decreto-Ley se regule el régimen general de los derechos del Título I, ni dé pie para por Decreto-Ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos*» (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8).

El TC comienza centrándose en el art. 1.3 inciso primero por cuanto opera como pivote sobre el que giran los Artículos 25 y 53.1 a) de la Ley 1/2010. Reproducimos dicho inciso para mejor entendimiento de la resolución: «3. *Forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad a la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico [...]*». A continuación, señala que el derecho de propiedad recogido en el art. 33 CE tiene dos elementos básicos: (i) haz de facultades y (ii) la función social de la propiedad. En cuanto al primer elemento, el Tribunal Constitucional concluye que el art. 1.3, lejos de precisar los posibles usos de las edificaciones, se centra en establecer el único uso posible de un determinado tipo de bienes. En cuanto al segundo, señala que en la redacción del precepto subyace cierta definición de la función social de la propiedad.

Por todo ello, afirma con contundencia que este precepto supone «*una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda*» (FJ 13) y que, por lo tanto, afecta a elementos esenciales del art. 33 CE por lo que debe ser declarado inconstitucional. Vicio que, por conexión, ha de extenderse al art. 53.1 a) por cuanto establece un régimen de sanciones por incumplir, precisamente, el art. 1.3 CE pero que no debe extenderse al art. 25 (salvo en sus apartados 5 y 6) ya que este precepto se limita a establecer una serie de definiciones de interés para el desarrollo por los poderes públicos de su política de vivienda.

A continuación, el TC resuelve brevemente la tercera cuestión: si el Decreto-Ley 6/2013 vulneró los límites materiales de dicha figura por cuanto, presumiblemente, afectó a derechos recogidos en el Estatuto de Autonomía (concretamente el art. 25 del Estatuto de Autonomía que recoge el derecho de vivienda). La respuesta, según el Tribunal, ha de ser negativa y la razón no es otra sino la de que el derecho a una vivienda digna recogido en el Artículo citado del Estatuto de Autonomía no es un derecho subjetivo sino un mandato a los poderes públicos [STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 15 c)]. El derecho de propiedad, que es el que nos atañe, se recoge en el art. 33 CE.

Las consecuencias del pronunciamiento que acaba de ser expuesto son fundamentales para el devenir del resto de la resolución ya que el TC, declarados inconstitucionales los artículos 1.3 y 53.1.a) de la Ley 1/2010, analiza la posible vulneración de los arts. 149.1.1 y 8 CE solo a la luz del art. 25 y no de los restantes. Teniendo en cuenta que dicho Artículo 25 contiene definiciones útiles a efectos de las políticas públicas de fomento de la vivienda, el TC entiende que no se estaría incidiendo sobre el derecho de propiedad

sino sobre la política de vivienda que es competencia exclusiva de las CCAA (art. 56 Estatuto de Autonomía de Andalucía).

La última parte de la fundamentación se centra en estudiar la cuestión controvertida restante: si, por un lado, los arts. 1.3, 25 y 53.1.a) de la Ley 1/2010 en la redacción dada por el Decreto-Ley 6/2013 y, por otro lado, la Disposición Adicional Segunda del Decreto-Ley 6/2013 vulneran la competencia exclusiva del Estado relativa a la planificación general de la actividad económica. El TC ni siquiera entra a valorar sobre la regulación de los artículos 1.3 y 53.1.a) por cuanto, al haber sido declarados inconstitucionales en los términos antes previstos, no hay necesidad de analizarlos. En cuanto al art. 25, la respuesta es negativa por los motivos antes expresados: se limita recoger definiciones útiles para la política autonómica de fomento de vivienda pero no es, en puridad, una regulación obligatoria.

Queda, por lo tanto, contrastar la Disposición Adicional Segunda con la normativa estatal dictada por en cumplimiento del art. 149.1.13 CE (por todas, Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social). El TC entiende que, a diferencia del art. 25 de la Ley 1/2010, la Disposición Adicional Segunda sí contiene una regulación obligatoria por cuanto establece el interés social a los efectos de la expropiación del uso de viviendas en caso de especial emergencia. El Tribunal concluye señalando que dicha Disposición interfiere con las medidas estatales ya que recoge una medida (expropiación de uso) que no es compatible con la recogida en la normativa estatal (suspensión de ejecución de lanzamiento) ni simultánea ni sucesivamente. Por lo tanto, se entiende que el legislador autonómico ejerció su competencia en materia de vivienda de forma excesiva al menoscabar el art. 149.1.13 por regular una medida que interfería directamente con las aprobadas por el Estado para organizar la actividad económica genera.

A modo de recapitulación, el Tribunal Constitucional, en el conflicto constitucional que nos atañe, estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-Ley 6/2013 y, en consecuencia, (i) declara inconstitucional y nulo el primer inciso del art. 1.3, el art. 25 apartados 5 y 6 y el art. 53.1.a) de la Ley 1/2010 en la redacción dada por el art. 1 del Decreto-Ley 6/2013 y (ii) declara inconstitucional al Disposición Adicional Segunda del Decreto-Ley 6/2013.

Sin ánimo de ser exhaustivos, es preciso recalcar que esta resolución no ha sido pacífica por cuanto generó diversos votos particulares que se exponen brevemente a continuación.

La magistrada Adela Asua Batarrita difiere de la mayoría en lo que a la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Segunda del Decreto-Ley 6/2013 se refiere. Entiende que el Tribunal no ha seguido las reglas habituales de análisis de conflictos constitucionales por cuanto no ha detallado las normas estatales cuya eficacia se vería interferida por la regulación de este Decreto-Ley. La magistrada señala, además, que las medidas recogidas en la norma estatal (suspensión del lanzamiento) y la autonómica (expropiación del uso) no son ni mucho menos incompatibles sino sucesivas. Por lo tanto no habría interferencia. La magistrada muestra, finalmente, su preocupación por este tipo de pronunciamientos por cuanto *«se impedirá a las CCAA que, en ejercicio de sus competencias, adopten disposiciones distintas con el mismo propósito de tutela y, que por su contenido o intensidad puedan alterar el equilibrio de intereses establecido por el Estado»*.

Del voto particular emitido por Encarnación Roca Trías, y al que se adhirió Fernando Valdés Dal-Ré, destaca su particular enfoque con ocasión, nuevamente, de la Disposición Adicional Segunda del Decreto-ley 6/2013. A diferencia de la Sentencia, los magistrados firmantes entienden que el título competencial que se vería afectado por dicha Disposición no sería el art. 149.1.13 CE sino el art. 149.1.6 por cuanto afectaría a procesos de ejecución hipotecaria cuya regulación corresponde, en exclusiva, al Estado. Además, limita la declaración de inconstitucionalidad a los apartados de la Disposición por los que, a través de la expropiación del uso, se impide la ejecución del auto firme dictado por el juez.

Finalmente, el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos manifiesta su discrepancia con la sentencia por entender que, al entenderse vulnerado el art. 149.1.13 CE por la normativa autonómica, se estaría acogiendo una concepción jurisprudencial del significado de la competencia estatal para regular las bases de la planificación económica que, prácticamente, vedaría cualquier regulación autonómica aunque fuera en sectores competencia de las CCAA.

### **STC 115/2015, 8 de junio**

**Recurso de amparo: Estimado.**

**Ponente: Narváez.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción.**

**Requisitos de admisibilidad de demanda. Derecho de retracto. Consignación del importe del precio de la venta. Obligado acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24.1 de la Constitución Española; Artículo 1518 del Código Civil; Artículo 1618.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y artículo 266.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.**

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución Española, CE) se configura como un derecho complejo que, a su vez, encierra un conjunto de prestaciones que se suceden en orden lógico y cronológico. La primera de estas no es otra sino la del acceso a la jurisdicción. Un acceso que se erige en condición necesaria, aunque insuficiente, para hacer realidad la tutela efectiva de los derechos por parte de los órganos jurisdiccionales. Precisamente, la sentencia objeto del presente análisis lidia con la configuración y los límites de este derecho de acceso a la jurisdicción. Y lo hace a la luz de una institución civil no exenta de problemática: el derecho de retracto en las relaciones arrendaticias.

Descendiendo al caso concreto, los hechos no presentan una gran complejidad. La demandante de amparo, *Secciones Mobiliarias, S. L.*, ostentaba la condición de arrendataria de unas naves industriales sitas el núm. 13 de la Avenida de la Montanyeta de la localidad de Alberique (Valencia). Ante la venta de las naves arrendadas por la propietaria, *Secciones Mobiliarias, S. L.* interpuso el 2 de febrero de 2011 una demanda contra tres mercantiles (*Inverco 2009, S. L.*, *Saysor Promociones y Construcciones, S. L.* y *Bancaja*) en la que se ejercitaban dos pretensiones: (i) con carácter principal, solicitaba el reconocimiento de su derecho de retracto arrendaticio sobre la finca enajenada, la rectificación de los asientos registrales del Registro de la Propiedad y la declaración de nulidad y cancelación de cargas y gravámenes y (ii) con carácter subsidiario, que se declarara vigente y exigible el contrato de arrendamiento suscrito con el anterior titular.

En un primer momento, la demanda fue admitida a trámite por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alzira. Sin embargo, una de las partes demandadas (*Inverco 2009, S. L.*) recurrió en reposición esta admisión por entender que no cumplía con los requisitos de admisibilidad de la demanda del art. 266.3 LEC al no haberse efectuado la consignación del precio de compra por la demandante. Finalmente, el recurso fue estimado mediante auto de 15 de julio de 2011 por entender que la consignación del precio era un requisito imprescindible para la admisión de la demanda de retracto. Consignación que, según el Juzgado, era plenamente conforme a derecho de acuerdo a lo dispuesto en la STC 144/2004, de 13 de septiembre.

Frente a esta resolución, la demandante interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia por entender que, con base en la misma sentencia citada por el órgano de instancia, la consignación no era un requisito de admisibilidad de acuerdo a la legislación procesal vigente en el momento de la controversia en conexión con el art. 1518 del Código Civil (CC). El recurso fue desestimado por auto de 26 de julio de 2013, fundándose dicha resolución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 1031/2008, de 4 de noviembre de 2008, Sala de lo Civil, Sección Primera). Finalmente, la demandante de amparo promovió incidente extraordinario de nulidad por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Nuevamente, la Audiencia Provincial de Valencia desestimó las pretensiones de la demandante mediante auto de 30 de diciembre de 2013 al entender que, a la vista de la legislación procesal vigente (art. 266.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC), la consignación seguía siendo un requisito de admisibilidad de las demandas de retracto arrendaticio tal y como era con la legislación procesal anterior (art. 1618-2 Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, LEC/ 1881).

Ante esta situación, *Secciones Mobiliarias, S. L.* solicitó amparo al Tribunal Constitucional alegando de nuevo la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción. El núcleo del recurso de amparo radicaba en que la inadmisión de la demanda de retracto por falta de consignación del precio de venta violaba dicho precepto ya que tal causa de inadmisión carecía de cobertura legal en los artículos 266.3 LEC y 1518 CC.

Fijados los hechos y la pretensión de amparo, el Tribunal Constitucional, con carácter previo al estudio del objeto del recurso, justifica, cumpliendo con las exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, asunto *Arribas Antón c. España*), la trascendencia constitucional del asunto. Con una contundencia nada desdeñable, afirma que la actuación de la Audiencia en el caso que nos concierne «*es subsumible en el supuesto de negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional*» por cuanto dicho órgano expuso abiertamente, en su auto de desestimación del incidente de nulidad, «*su reticencia a aplicar la doctrina de este Tribunal amparándose en otra posterior del Tribunal Supremo.*» En opinión del Tribunal, la inobservancia abierta de su jurisprudencia constituye una causa de especial trascendencia constitucional según lo previsto en la letra f) del Fundamento Jurídico núm. 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio.

Llegados a este punto, se entra ya de plano en el fondo del asunto que no es sino determinar si la consignación del precio de venta como requisito de admisibilidad de las demandas de retracto arrendaticio vulnera o no el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso a la

jurisdicción. Para poder responder a esta pregunta, el Tribunal analiza la evolución legislativa sobre la materia. Un análisis lógico si se tiene en cuenta que, de acuerdo con jurisprudencia constitucional consolidada, una decisión de inadmisión será respetuosa con el art. 24.1 CE únicamente «*si es consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia*» (STC 158/2000, de 12 de junio). En el marco de este análisis legislativo, el Tribunal distingue dos momentos.

En primer lugar, expone brevemente su doctrina bajo la vigencia de la ya derogada LEC 1881. Recuerda que en esta legislación se preveía expresamente la consignación como requisito de admisibilidad (art. 1618-2 LEC 1881) y que dicho requisito estaba enfocado a asegurar al demandado el reembolso del precio de compra en el eventual caso de que recayera una sentencia estimatoria de la pretensión de retracto. Por ello afirma que, de acuerdo con dicha legislación, «*la exigencia de consignación del precio de venta como requisito de admisibilidad del ejercicio de acción de retracto arrendaticio es una opción legítima de política legislativa que no conculca el orden constitucional*».

En segundo lugar, aborda la cuestión desde la óptica de la legislación vigente que es la aplicable al presente caso. Derogado el art. 1618-2 LEC 1881, el estudio debe recaer sobre el actual art. 266.3 LEC, que regula los requisitos de admisibilidad. Un estudio cuyas consecuencias son decisivas para este caso por cuanto «*la carga de consignar solo podía servir de restricción legítima al acceso a los tribunales si seguía estando prevista en la legislación en vigor*». Pues bien, el TC se muestra tajante sobre este extremo cuando, al recordar la doctrina recogida en la STC 144/2004, de 13 de septiembre, concluye que el nuevo artículo 266.3 LEC presenta diferencias sustanciales con el art. 1618-2 LEC 1881 ya que condiciona la consignación como requisito de admisibilidad a que se prevea en la ley o en el contrato. Efectuada esta declaración, el Tribunal comprueba si la consignación está prevista expresamente en la ley o contrato aplicable al caso concreto y concluye en sentido negativo. El contrato no dice nada al respecto y de la ley aplicable (art. 1518 CC) no se puede extraer como conclusión que la demanda de retracto arrendaticio solo pueda ser admitida si se ha consignado previamente el importe de venta.

Por todo lo expuesto, el TC concluye reprochando tanto al órgano de instancia como al de apelación haber impedido al recurrente obtener una resolución fundada sobre el fondo del asunto sin causa legal para ello. En definitiva, acaba otorgando el amparo por vulneración del derecho de la actora a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción.

**STC 154/2015, 9 julio.**

**RI: Estimado parcialmente.**

**Ponente: Ollero.**

**Conceptos: Derecho de propiedad. Creación de derechos de tanteo y retracto sobre Viviendas de Protección Pública (VPP). Contenido del derecho de propiedad. Retroactividad del cambio de régimen de las VPP.**

**Preceptos de referencia: Arts. 33 y 9.3 CE. Ley andaluza 13/2015.**

La sentencia resuelve el recurso interpuesto por un grupo de diputados contra dos preceptos de la Ley andaluza 13/2015, sobre medidas para la

vivienda protegida y el suelo. A efectos de esta reseña nos limitaremos a la parte relativa al régimen de derechos de tanteo y retracto previsto en los arts. 12 y 13 de la citada ley y considerado por los recurrentes contrario al derecho de propiedad (art. 33 CE) y también a la prohibición de medidas restrictivas de derechos individuales por aplicarse tanto a las nuevas viviendas de protección pública como a las que ya tenían esta condición anteriormente (art. 9.3 CE). No hay referencias, en cambio, a una eventual vulneración de las competencias civiles del Estado (art. 149.1.8.ª CE).

Las provisiones que interesan de la Ley andaluza 13/2015 son las siguientes:

«Artículo 12. *Derechos de tanteo y retracto.*

1. *Las segundas o posteriores transmisiones inter vivos de la titularidad del derecho de propiedad o de cualquier otro derecho real de uso y disfrute sobre las viviendas protegidas estarán sujetas a los derechos de tanteo y retracto legal en favor de la Administración de la Junta de Andalucía, o del Ayuntamiento o entidad pública que sean designados por aquélla.*

*Los compradores de viviendas protegidas no podrán transmitir las inter vivos ni ceder su uso por ningún título, durante el plazo mínimo de diez años desde la fecha de formalización de la adquisición, con las excepciones que reglamentariamente se establezcan.*

2. *Sin perjuicio de la autorización que requiera la transmisión del derecho sobre la vivienda protegida, los/las titulares de viviendas protegidas comunicarán al órgano competente previsto en el apartado anterior la decisión de transmitir, e indicarán el precio, la forma de pago y las demás condiciones de la transmisión.*

*Al mismo tiempo, la persona interesada en la adquisición deberá comunicar al citado órgano competente sus datos e ingresos económicos anuales, así como los del resto de los miembros integrantes de su unidad familiar.*

*El derecho de tanteo habrá de ejercitarse en el plazo de sesenta días naturales a partir del siguiente a aquél en que se haya producido la última de las comunicaciones anteriores; si transcurrido ese plazo no se hubiera ejercitado el tanteo, podrá llevarse a efecto la transmisión comunicada en sus mismos términos.*

3. *La persona adquirente deberá comunicar a dicho órgano competente, en el plazo de los treinta días naturales siguientes a la transmisión, las condiciones en las que se ha producido la venta, así como una copia de la escritura o documento donde la venta se haya formalizado.*

4. *En el caso de que quienes transmitan o adquieran no hubieran realizado las comunicaciones a las que se refiere el apartado 2, de que las comunicaciones fueran incompletas o defectuosas, o de que la transmisión se haya producido antes del transcurso del plazo señalado para el ejercicio del derecho de tanteo, o en condiciones distintas a las anunciadas, el órgano competente podrá ejercer el derecho de retracto en el plazo de sesenta días naturales a contar desde el siguiente a la comunicación de la transmisión, o de que ésta hubiere llegado a su conocimiento, fehacientemente, por cualquier otro medio.*

5. Los derechos de tanteo y retracto, así como el régimen de comunicaciones a los que se refiere el presente artículo, deberán constar expresamente en la correspondiente escritura pública y tendrán su reflejo en la respectiva inscripción registral.

6. El derecho de tanteo se ejercerá hasta por un precio máximo igual al vigente para las viviendas protegidas de la tipología de que se trate en el correspondiente ámbito territorial en la fecha en que se pretenda la enajenación.

El derecho de retracto se ejercerá por el precio de transmisión, que no podrá superar el máximo vigente para las viviendas protegidas a que se refiere el párrafo anterior.

7. La fijación de tanteos y retractos convencionales en las promociones de viviendas protegidas deberá respetar el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto legal a los que se refiere este artículo.

8. En el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, sus titulares podrán designar a quién se adjudica la vivienda protegida, que se subrogará en la posición de aquellos.

La selección de dicha persona adjudicataria se realizará en la forma prevista en el artículo 3.»

«Artículo 13. Elevación a escritura pública, inscripción en el Registro de la Propiedad y otras garantías.

1. Las Notarías y los Notarios, para elevar a escritura pública la transmisión de la titularidad o, en su caso, de los derechos reales de uso y disfrute vitalicio de viviendas protegidas sujetas a los derechos de tanteo y retracto, exigirán que se acrediten por las respectivas personas transmitentes y adquirentes las comunicaciones al órgano competente respecto de la oferta de venta con los requisitos señalados en el apartado 2 del artículo 12, así como el vencimiento del plazo establecido para el ejercicio del derecho de tanteo, circunstancias que deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras.

2. Igualmente deberán comunicar a la Consejería competente en materia de vivienda la transmisión, mediante remisión por el procedimiento que se determine de copia simple de la escritura pública en la que se hubiera instrumentado la venta de una vivienda protegida.

3. Para inscribir en el Registro de la Propiedad las transmisiones efectuadas sobre las viviendas protegidas, deberá acreditarse el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 12 y en el apartado 2 del presente artículo, con los requisitos exigidos en los mismos.

4. Serán nulas de pleno derecho las transmisiones en las que las partes no hayan efectuado, en la forma y plazos previstos, las comunicaciones previstas en el artículo 12 en relación con los derechos de tanteo y retracto.»

a) La imposición de derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración y el contenido de la propiedad (art. 33 CE)

El Tribunal Constitucional desestima el primero de los motivos de impugnación por entender que las restricciones introducidas en favor de la

Administración se ajustan a su doctrina sobre el derecho de propiedad. En síntesis, los puntos básicos de la resolución reseñada serían los siguientes: (1) La garantía constitucional de la propiedad no excluye los derechos reconocidos a través de acciones de protección social, como sucede con las viviendas de protección oficial o pública; (2) La propiedad es un derecho sujeto tanto a una posible negación (con los requisitos previstos en la propia Constitución) como a la introducción de restricciones que pueden traducirse en diferentes estatutos propietarios [en palabras del propio Tribunal: «*En el marco del Estado social (art. 1.1 CE), el legislador está autorizado a negar pura y simplemente el derecho de propiedad por razones de utilidad pública e interés general –con los límites que impone el art. 33.3 CE– o, sin llegar hasta este extremo, a restringirlo para ajustar su contenido a los más variados objetivos colectivos (arts. 33.2 y 128.1 CE) con la consiguiente generación de «diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos» (SSTC 37/1987, de 26 de marzo FJ 2, y 204/2004, de 18 de noviembre FJ 5)» (FJ 4)];(3) Los ejemplos de intervenciones constitucionalmente legítimas en el régimen de la propiedad son variados:«*El legislador puede [...] articular la función social de la propiedad imponiendo cargas o extrayendo facultades del haz que él mismo ha asegurado previamente a través, por ejemplo, de prohibiciones de construir edificaciones destinadas a residencia o de instalar carteles de publicidad en la zona de la servidumbre de protección de la ribera del mar (art. 25 de la Ley de costas; STC 149/1991, de 4 de julio FFJ 2 y 8)], extinguir el contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a vivienda llegado el día del vencimiento pactado (STC 89/1994, de 17 de abril FJ 5) o destinar una finca a cualquier aprovechamiento incompatible con una rigurosa protección medioambiental (STC 170/1989, de 19 de octubre FJ 8)» (FJ 4); (4) En lo que se refiere concretamente a la limitación consistente en introducir derechos de adquisición en favor de la Administración, la sentencia entiende que cumple una «*finalidad de interés general*», tiene un «*limitado alcance*» y «*no afecta a la facultad en sí de transmitir*» pues sólo incide sobre la «*de elegir adquirente*». Y añade: «*A su vez, tal limitación afecta sólo a las transmisiones inter vivos, no a las mortis causa. Además, las transmisiones inter vivos a las que se refiere son las segundas y sucesivas y únicamente durante el periodo de vigencia del régimen legal de protección*» (FJ 4); (5) Los derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración pueden funcionar como herramientas para asegurar el cumplimiento del estatuto de las viviendas de protección pública:«*Por otra parte, estos derechos de adquisición preferente, cuando se ejercen para evitar conductas fraudulentas, funcionan como mecanismo de control de la regularidad de las transmisiones por lo que el titular incumplidor está obligado a soportar los perjuicios consecuentes; perjuicios que en modo alguno pueden reputarse sacrificios a los efectos de la indemnización prevista en el art. 33.3 CE. En tal caso, la limitación funciona como instrumental de otras que ya estaban previstas y, en particular, de la consubstancial a todo régimen de transmisión de vivienda con precio administrativo: la prohibición de cobrar cantidades adicionales a los precios o rentas fijados como máximos por la Administración*» (FJ 4); y (6) Pero, más allá de su posible función instrumental como medio de asegurar el cumplimiento del régimen de protección pública, los derechos de tanteo y retracto son perfectamente compatibles con el régimen constitucional de la propiedad: «*En todo caso, el ejercicio de estos derechos, aunque responda a fines distintos, no asociados a comportamientos antijurídicos de los beneficiarios de viviendas protegidas,***

*no produce en abstracto perjuicios de relevancia desde la perspectiva del control constitucional de las exigencias derivadas del art. 33 CE: es habitual que al vendedor le sea indiferente quien sea el comprador. En consecuencia, únicamente podría resultar perjudicado el propietario que tenga interés en que el adquirente sea una persona determinada y sólo si la Administración opta por ejercer efectivamente sus derechos de tanteo y retracto. Ahora bien, incluso en este caso, al menos desde la perspectiva de control abstracto que aquí corresponde, ese perjuicio carece de significación porque no puede reputarse sorpresivo ni inesperado en el marco de un sector del ordenamiento necesariamente expuesto a una fuerte intervención pública y a cambios normativos» (FJ 4).*

b) *La extensión de los derechos a todas las viviendas de protección pública, aun adquiridas con anterioridad a la modificación de su régimen jurídico y los límites constitucionales a la retroactividad de las leyes*

El Tribunal Constitucional también rechaza esta alegación. La reforma no afecta al pasado sino al futuro y respeta los límites derivados del art. 9.3 CE: *«Sin necesidad de entrar a examinar la noción «derechos individuales» que emplea el art. 9.3 CE, no puede aceptarse tampoco que los artículos impugnados vulneren la interdicción de retroactividad contenida en el art. 9.3 CE. Como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 42/1986, de 10 de abril FJ 3, y 65/1987, de 21 de mayo FJ 19), lo que se prohíbe en ese artículo es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir « (FJ 5). Por lo tanto: «Procede excluir la presencia de efectos retroactivos constitucionalmente prohibidos en el presente caso. Primeramente porque la eficacia de la norma se proyecta hacia situaciones futuras, sin pretender establecer efectos derivados de una incompatibilidad «pro praeterito», a partir de una fecha fijada con anterioridad a la Ley. Y, correspondientemente, porque no se ven afectadas las transmisiones «inter vivos» celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley» (FJ 5).*

**STC 167/2015, 20 julio.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: González Rivas.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial. Citación por edictos. Diligencia judicial de cara a lograr el emplazamiento persona cuando una mujer ha tenido que abandonar su domicilio por ser víctima de violencia de género.**

**Preceptos de referencia: Art. 24 CE.**

Es muy frecuente la invocación del art. 24 CE por problemas relacionados con la falta de emplazamiento personal y el consiguiente recurso al procedimiento de edictos. El caso objeto de esta sentencia es sólo uno más; aunque con una particularidad, que el Tribunal resalta a fin de profundizar en el canon de diligencia exigible al juzgado: La ausencia y dificultad de

localización de la afectada guardaba relación con el hecho de que había dejado su hogar por ser víctima de violencia de género. La demandante de amparo alegaba que el recurso a los edictos se había llevado a cabo sin agotar las posibilidades de comunicación y sin tener en cuenta que estaba ausente del domicilio designado para notificaciones por hallarse fuera del mismo a causa de los malos tratos de su marido, quien nunca le comunicó nada del procedimiento de ejecución hipotecaria. El Ministerio Fiscal se manifestó a favor de la estimación del recurso al entender que, en efecto, concurría la vulneración de derechos denunciada.

El Tribunal Constitucional comparte también esta posición. El Juzgado, dice en la sentencia, *«conocía por manifestaciones realizadas por el propio ex esposo de la Sra. M. P, al ser emplazado, que la demandante había abandonado esa vivienda desde el mes de agosto de 2009, esto es antes de que se dedujera por el Banco Popular, el día 2 de octubre de 2009, la demanda de ejecución hipotecaria contra ambos esposos»* (FD 4). El Juzgado, ciertamente, no permaneció inactivo y recabó información de la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística. Asimismo, tras el resultado infructuoso de los anteriores requerimientos, la parte ejecutante instó que se oficiara a la Policía Local para que ésta localizara el domicilio. Esta petición, sin embargo, quedó sin resolver; y en esa situación el juzgado, sin practicar nuevas averiguaciones, acordó la comunicación edictal.

Fue al plantearse el incidente de nulidad y a través de la documentación aportada por la recurrente, cuando *«el Juzgado conoció la causa, y grave, por la que la Sra. M. C. M. P abandonó ese domicilio, que no era otra sino una continuada situación de malos tratos por parte de su ex cónyuge Sr. H. Z lo que se evidenció en sentencias condenatorias y órdenes de alejamiento»* (FD 4). La ejecutada y demandante de amparo acreditó asimismo que residía *«en otro domicilio de la localidad de Jerez con sus dos hijos, estando empadronada desde enero de 2010, por lo que cabe pensar que se le hubiera podido localizar fácilmente de haberse empleado una mínima diligencia a la hora de realizar la averiguación del domicilio»* (FD 4).

La diligencia del órgano judicial a la hora de realizar averiguaciones sobre el domicilio de la ejecutada se reveló insuficiente (*«no agotó los medios de localización»*, FD 4). Aunque con ello bastaría para resolver el caso, el Tribunal Constitucional, considera oportuno *«adecuar [su] doctrina a los casos en que el desconocimiento del domicilio de la ejecutada responde a la necesidad de eludir una situación de violencia de género»* (FD 4). A este propósito, dice la sentencia: *«Hemos de declarar que, con independencia de que el Juez haya agotado todas las posibilidades de investigación del domicilio de la ejecutada, cuando ésta comparezca en el procedimiento e interponga incidente de nulidad de actuaciones en el que ponga de manifiesto que el desconocimiento de un domicilio, a efecto de llevar a cabo en él las correspondientes notificaciones, se debió a la situación de violencia de género que estaba padeciendo, dicha circunstancia debe ser objeto de una especial ponderación por el juez, valorando, en cada caso, la necesidad de salvaguardar el deber de confidencialidad debido a la situación de la víctima»* (FD 4). Y añade: *«La aplicación de tales criterios a la cuestión examinada permite concluir reconociendo que, en este caso, no se protegió eficazmente a la ejecutada, víctima de malos tratos, pues si bien cabe argüir que el Juzgado no conoció la situación de violencia en el momento del emplazamiento, lo cierto es que tal situación fue puesta de manifiesto en el incidente de nulidad de actuaciones sin que fuera debidamente ponderada por el órgano jurisdiccio-*

*nal, lo que resulta a todas luces incompatible con la doctrina de este Tribunal en cuanto a la subsidiariedad de la comunicación edictal en el contexto en que se produce el intento de emplazamiento, por lo que se estima la procedencia del reconocimiento de la vulneración del art. 24.1 CE».*

**STC 177/2015, 22 de julio**

**Recurso de amparo: Desestimado.**

**Ponente: Xiol. Votos particulares discrepantes de Asúa y Valdés, Roca y Xiol.**

**Conceptos: Libertad de expresión. Libertad ideológica. Quema de fotografías. Injurias. Discurso del odio.**

**Preceptos de referencia: Arts. 16.1 y 20.1 de la Constitución Española, artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 490.3 del Código Penal.**

«Una decisión compleja, llena de aristas y discutible». Con tan expresivas palabras –a las que podríamos añadir *provisional*, dada la pendencia del caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)– se refiere a esta sentencia una magistrada que tomó parte en las deliberaciones, para finalmente decidirse a emitir un voto particular, al igual que otros tres compañeros.

Los hechos del caso son, al menos en apariencia, sencillos. Los entonces Reyes de España acudieron en visita oficial a Gerona el 13 de septiembre de 2007. Con motivo de este viaje se convocó una manifestación que, encabezada por una pancarta con el lema de «300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española», concluyó con una concentración en la Plaza del Vino de la ciudad catalana. Allí, y tras colocar boca abajo, pegadas a una estructura metálica, dos amplias fotografías de los reyes, Enric Stern, cubierto con un pasamontañas, las roció con un líquido inflamable, y su compañero Jaume Roura, tapado con un pañuelo, les prendió fuego con una antorcha, mientras eran vitoreados y aplaudidos por otros manifestantes.

El Juzgado Central de lo Penal Único de la Audiencia Nacional condenó en 2008 a los dos jóvenes a quince meses de prisión, junto con la pena accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por un delito de injurias graves contra el Rey y la Reina con ocasión o motivo de sus funciones constitucionales, previsto y penado en el artículo 490.3 del Código Penal, agravado por el uso de disfraz. Con todo, la pena de prisión fue sustituida, en la misma sentencia, por una multa de 2700 euros. En 2008, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestimó el recurso de apelación interpuesto y confirmó íntegramente la resolución recurrida. Los condenados solicitaron amparo al Tribunal Constitucional, alegando vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión (20.1 CE) y a la libertad ideológica (16 CE).

El Tribunal, antes de analizar las circunstancias particulares del caso, lleva a cabo un recordatorio de su muy copiosa doctrina acerca de la naturaleza y alcance de la libertad de expresión. Así, vuelve a evocar su carácter de auténtico «*pilar de una sociedad libre y democrática*» (ya señalado en la muy temprana STC 6/1981), que necesariamente debe abarcar también aquellas ideas u opiniones que «*contrarían, chocan o inquietan al Estado*», especialmente en tanto que nuestro sistema político no puede reconducirse hacia un modelo de democracia militante (STC 235/2007). A su vez y como límites al ejercicio de este derecho,

señala tanto «*las expresiones indudablemente injuriosas u oprobiosas o sin relación con las ideas que se expongan*» (STC 50/2010) como aquellas otras que propaguen, inciten o justifiquen el odio basado en la intolerancia (con cita en este caso de la STEDH de 16 de julio de 2009, *Féret c. Bélgica*).

En el Fundamento Jurídico Tercero, el Tribunal centra el debate: Debe pues calibrarse si la conducta enjuiciada y condenada supuso una desabrida e inquietante –pero amparable– crítica o, más bien, solamente deja traslucir ultraje o vejación. Es curioso que, en el mismo párrafo y para reiterar la dicotomía ante la que se encuentra, el Tribunal sustituya las categorías inmediatamente mencionadas de ultraje y vejación –sin duda, componentes de una expresión injuriosa– por las de «*incitación a la violencia o al odio contra la corona*» –elemento mucho más propio de un discurso del odio–, sin justificar si lo hace por considerarlos límites indistintos a la libertad de expresión o por entender más bien que ambos concurrían igualmente en el caso de autos.

A continuación se señala que, si bien es cierto que las manifestaciones más toscas del denominado discurso del odio son las que se proyectan sobre condiciones étnicas, religiosas o culturales, no lo es menos que también pueden serlo aquellas conductas que fomentan el rechazo y exclusión de la vida política de quienes no compartan el ideario de los intolerantes, como en este caso, los Monarcas. En atención a circunstancias especialmente relevantes del caso, como que i) Las fotografías se encontraban boca abajo (simbología claudicante); ii) Se les prendió fuego con una antorcha (trasladando la idea de un ajusticiamiento); iii) Mientras los acusados estaban encapuchados (lo que denotaría su propia conciencia de la antijuridicidad de la conducta que realizaban) y iv) Sin proferir expresión o mensaje alguno de censura o crítica hacia la Monarquía que hiciera reconducible este acto hacia una forma –aún escenificada– de libertad de expresión, el Tribunal concluye que «*quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio*» (vid. FJ 4). Por todo ello, la conducta no puede ser amparada como un legítimo ejercicio de libertad de expresión.

Muy pareja suerte corre la alegada vulneración de la libertad ideológica. Para el Alto Tribunal, las condenas se fundamentan en el contenido del acto, esto es, en su evidente incitación al odio y a la exclusión del monarca, y no en el posicionamiento ideológico de los recurrentes o en su credo político tan abiertamente exteriorizado. Por tanto, no siendo apreciable tampoco una conculcación o lesión a la libertad ideológica de los recurrentes, el amparo es denegado.

Acompañan a la sentencia varios interesantes votos particulares. El primero de ellos, formulado por Adela Asúa y al que se adhiere Fernando Valdés Dal-Ré, entiende que existen distintos límites a la libertad de expresión, entre los que se encontrarían tanto la violencia vehiculada a través de un mensaje exteriorizado –siempre que genere un riesgo evidente e inminente de concretarse (*Abrams v. US* 250 US 616, 1919)- como el conocido como «discurso del odio», que promueve la intolerancia, el odio racial o el antisemitismo, perturbando la vida en comunidad de los colectivos más desfavorecidos. Pues bien, de acuerdo con la magistrada, sus compañeros habrían desdibujado los hechos probados de la sentencia *a quo* para, evitando directamente cualquier justificación de la condena con base en un supuesto ultraje o vejación a la Corona, tratar de construir una expresión de discurso del odio que, a la fuerza, no tiene cabida alguna en las definiciones dadas por instrumentos internacionales [Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de

Europa, de 30 de octubre de 2007] o pronunciamientos judiciales (STEDH de 8 de julio de 1999, caso *Süreck vs Turquía*, o STEDH de 4 de diciembre de 2003, *Müslum vs Turquía*).

El segundo de los votos particulares, de Encarnación Roca Trías, discrepa también de la interpretación mayoritaria, pero desde una perspectiva distinta. Así, entiende que un aspecto clave –minusvalorado por sus compañeros– sería la concurrencia en este supuesto de un ejercicio de libertad ideológica, que requiere de una baremación no sólo distinta, sino además menos restrictiva que cuando se enjuicia únicamente un supuesto de libertad de expresión. A su juicio, el único límite exigible al ejercicio de este derecho –el mantenimiento del orden público– requería que se hubiera aplicado al caso el filtro del peligro o riesgo evidente e inminente; filtro cuyo resultado, a pesar de lo complejo del caso, habría abocado a amparar a los recurrentes.

Por último, también el magistrado Xiol Ríos formula un voto particular discrepante, extenso y meticuloso, pese a haber sido el encargado de expresar como ponente la opinión de la mayoría (vid. en cambio la regla que el art. 206 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a los órganos judiciales: «1. Cuando el ponente no se conformare con el voto de la mayoría, declinará la redacción de la resolución, debiendo formular motivadamente su voto particular»); asimismo, art. 203 de la Ley de Enjuiciamiento civil). En primer lugar, el magistrado entiende, al igual que su compañera Asúa, que el Pleno ha banalizado el concepto de discurso del odio, si bien introduce un importante matiz distintivo con aquélla: la incitación directa a la violencia conforma la propia naturaleza del discurso del odio, y no es otro límite, distinto, de la libertad de expresión. Efectivamente, la Sentencia habría extraído una carga fáctica no incluida en el relato de hechos probados del tribunal *a quo* (operación vedada al Tribunal ex 44.1.b LOTC), para descontextualizar el acto de la quema añadiéndole una carga simbólica y unos elementos subjetivos en la intención de sus autores que no se corresponden con la realidad, o al menos, con la realidad declarada probada en sentencia. Atendiendo escrupulosamente a los hechos probados, no hubo ninguna invitación a la violencia, ni se suscitaron entre los asistentes reacciones de tal naturaleza. En segundo lugar, la sentencia tampoco respeta la propia calificación jurídica del fallo condenatorio (que era la de una injuria grave a los Monarcas en el cumplimiento de sus funciones) mutando el bien jurídicamente protegido desde el prestigio de la institución monárquica (490.3CP) hasta la incitación directa a la violencia contra el Rey (490.2). Deja por tanto de analizar, como es su obligación, la actuación de los jueces para centrarse en la de los condenados. Finalmente, entiende el magistrado que el tribunal de instancia omitió en su valoración jurídica el debido juicio de proporcionalidad, a realizar siempre que una conducta, aparentemente delictiva, pueda haber surgido en el ámbito del ejercicio de un derecho fundamental.

No podemos concluir esta reseña sin retornar a su comienzo: El caso ha sido ya admitido a trámite por el TEDH (el 22 de febrero de 2016 se comunicó la admisión de los recursos 51168/15 y 51186/15, presentados por ambos condenados), y muy previsiblemente, a lo largo de 2016 se pronunciará sobre si hubo o no violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La posición que adopte el Tribunal de Estrasburgo será especialmente relevante no sólo para los recurrentes sino además para nuestro Tribunal Constitucional, que viene siguiendo líneas interpretativas notablemente consolidadas y muy similares (entre las más recientes, la STC 112/2016, de 20 de junio).

**STC 182/2015, 7 septiembre.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: González-Trevijano.**

**Conceptos: Internamiento psiquiátrico forzoso y derecho a la libertad personal. Plazo para la ratificación judicial del internamiento. El plazo de 72 horas se computa desde la comunicación del internamiento por parte del hospital o centro médico, sin que pueda alargarse por el tiempo requerido para el reparto judicial de los asuntos.**

**Preceptos de referencia: Art. 17.1 y 2 CE; art. 763.1 LEC.**

El problema nace con la conversión de un internamiento psiquiátrico voluntario (11/6/2014) en internamiento forzoso un par de días después (13/6/2014). Ese cambio de situación fue inmediatamente comunicado, mediante fax, al Decanato de los juzgados de primera instancia de la localidad (11:55 del propio 16/6/2014). El caso, sin embargo, no entró en el juzgado correspondiente hasta el día 16/6/2014, tras el correspondiente reparto.

Una vez tuvo conocimiento, el juzgado acordó incoar procedimiento de internamiento no voluntario y señaló el 18/6/2014 para examinar a la paciente. Llegada esta fecha, el Ministerio Fiscal se opuso a la ratificación judicial del internamiento. Alegaba que el centro psiquiátrico había incumplido el plazo de 24 horas para informar al juzgado y que, además, ya había transcurrido el máximo legal de 72 horas para la señalada ratificación. El juzgado, no obstante, rechazó la oposición y el mismo 18/6/2014 dictó Auto ratificando el internamiento. En primer lugar porque el hospital había cumplido el plazo de 24 horas. En este sentido, acertadamente, señalaba que el *dies a quo* no lo marca el internamiento voluntario sino la conversión de éste en forzoso. En segundo lugar, añadía el Auto, desde la entrada del caso en el Juzgado (16/6/2014) no habrían transcurrido las 72 horas legal y constitucionalmente exigibles.

El Ministerio Fiscal apeló la resolución insistiendo en el segundo de los argumentos: A su juicio el *dies a quo* del plazo máximo para la ratificación judicial (72 horas) no sería el de la fecha de reparto sino el de la comunicación del internamiento al Decanato. La Audiencia Provincial de Las Palmas, no obstante, desestimó el recurso. De acuerdo con su lectura de la STC 141/2012, la doctrina del Tribunal Constitucional no solo exigiría distinguir entre una fase prejudicial y otra judicial, sino que, además, permitiría establecer un lapso entre ellas para atender a las necesidades del reparto. De este modo, para el juzgado, las 72 horas del art. 763.1, II LEC no empezarían a correr desde la comunicación del internamiento al Decanato sino desde la fecha de reparto, en el bien entendido de que entre ésta y el internamiento no pueden pasar más de 72 horas. De ahí resultarían dos períodos sucesivos de 72 horas: El prejudicial, de 24 horas legales y 72 constitucionales y el judicial, de otras 72 horas.

En palabras de la Audiencia: «*Si el Decanato no comunica de inmediato el internamiento mediante el reparto al Tribunal que resulte competente, es evidente que este Tribunal no ha tenido hasta ese instante el «conocimiento» que exige el propio art. 763 de la LEC para que comience a computarse el plazo de 72 horas de la ratificación judicial del internamiento. Por tanto, puede existir un lapso entre el primer plazo –la comunicación dentro de 24 horas al Decanato, plazo gubernativo– y el comien-*

zo del segundo plazo –conocimiento por el Tribunal competente tras el reparto– Este lapso supone que al no haber comenzado aún el plazo judicial, la privación de libertad es todavía gubernativa, y de acuerdo con la citada STC 141/2012 dicho plazo de privación de libertad gubernativa sólo puede durar un máximo de 72 horas. Por tanto, siempre que se haya respetado el plazo de legalización del internamiento dentro del máximo de 72 horas desde que se produce éste hasta que se incoa el procedimiento judicial –equivalente al límite de la privación de libertad no judicial–, y de otras 72 horas hasta la ratificación del internamiento –equivalente a la detención judicial–, no existe infracción del procedimiento» [cfr. Antecedente 2, f) STC].

Tras esta resolución, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de amparo, pidiendo la nulidad de los dos Autos por infracción del derecho a la libertad personal, al haberse rebasado el máximo legal de 72 horas, establecido por el art. 763.1, II LEC en desarrollo del art. 17.1 CE.

Como resulta de lo dicho, el Tribunal Constitucional ya había tenido ocasión de abordar la problemática de los internamientos forzosos y su relación con el derecho a la libertad personal (cfr. STC 141/2012). No obstante, en este caso hay una novedad: «Es la primera ocasión –y en ello radica la especial trascendencia constitucional del presente recurso– en que se nos demanda un pronunciamiento sobre la eventual lesión del indicado derecho fundamental, a causa de una errónea interpretación sobre el día a quo del límite máximo del que dispone la autoridad judicial para ratificar o revocar el internamiento psiquiátrico acordado extrajudicialmente.» (FJ 4).

Para mayor comodidad, se transcriben seguidamente los arts. 17.1 y 2 CE y 763.1 LEC:

Art. 17 CE: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. [...] 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial [...].»

Art. 763.1 LEC: «El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o tutela, requerirá autorización judicial que será recabada del Tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. [...] La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieran necesaria inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiera producido el internamiento deberá dar cuenta al Tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la efectiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del Tribunal. [//] En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al Tribunal del lugar en que radique el centro donde se

*haya producido el internamiento. Dicho Tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 de la presente Ley.»*

El problema, como es obvio, no se plantea cuando hay un único juzgado pues este será el «tribunal competente» al que deberá comunicarse el internamiento. Si hay varios juzgados en la demarcación, en cambio, resulta necesario proceder al oportuno reparto y, por tanto, resolver el problema derivado del plazo requerido para ello. ¿Afecta la necesidad de reparto a los plazos legales produciendo su ampliación? La respuesta judicial en el caso reseñado había sido afirmativa y así lo consigna el TC en su sentencia: «*Conforme al hilo argumental seguido por el órgano de apelación, el mencionado art. 763.1 LEC admite la existencia de un intervalo intermedio entre la comunicación del internamiento al Decanato, por parte de la autoridad médica, y la asignación del asunto al órgano judicial que corresponda. [...] En consecuencia, al plazo de 24 horas con que cuenta el centro psiquiátrico para notificar el internamiento no voluntario y al de 72 horas del que dispone el juez para ratificar la medida privativa de libertad, se suma un nuevo término cuya duración viene determinada por el tiempo que el Decanato tarde en remitir el asunto al órgano judicial que corresponda por reparto, si bien ese lapso no podrá exceder de 72 horas a contar desde que se produjo el internamiento involuntario. Conforme a ese planteamiento, entre la data de internamiento involuntario y la fecha de la ratificación judicial pueden llegar a transcurrir hasta seis días» (FJ 5).*

Pues bien, esta es la lectura que desautoriza el TC en la sentencia que se reseña: «*Parece que la interpretación efectuada por los órganos judiciales pretende conciliar los plazos estatuidos en el art. 763.1 LEC con los condicionantes impuestos por la infraestructura del reparto de asuntos, principalmente derivados de la ausencia de un servicio de guardia durante los fines de semana. Sin embargo, desde la perspectiva constitucional en que se sitúa este Tribunal debemos desautorizar esa exégesis, pues no es dable alcanzar tal armonización mediante el reconocimiento de un lapso temporal intermedio –el tiempo que el asunto tarda en ingresar en el órgano judicial al que por reparto corresponde conocer–, que se ubica entre la comunicación del internamiento al Decanato y la operatividad del plazo judicial de 72 horas. Si admitiéramos tal posibilidad, el rigor hermenéutico con que se han de abordar las limitaciones del derecho a la libertad personal quedaría sustancialmente atenuado, con el consiguiente detrimento de las garantías establecida en el art. 17.1 CE. Por otra parte, la determinación del dies a quo del plazo para la ratificación judicial del internamiento quedaría a expensas de un factor voluble e indeterminado, lo cual es incompatible con los principios de certidumbre y taxatividad inherentes a cualquier medida privativa de libertad» (FJ 6).*

En conclusión, dice el TC: «*La interpretación constitucionalmente adecuada del segundo párrafo del art. 763.1 LEC no admite solución de continuidad entre la comunicación del internamiento involuntario, por parte de la autoridad médica, y el inicio del plazo de 72 horas estatuido para la ratificación judicial de esa medida, ni permite intercalar plazos implícitos entre esos dos acontecimientos procesales» (FJ 6).*

**STC 208/2015, 5 octubre.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: González-Trevijano.**

**Conceptos: Ejecución hipotecaria e intervención de tercer poseedor. Derecho a la tutela judicial de terceros que ostentan derechos o intereses legítimos. Comparecencia y petición de nulidad de actuaciones: las decisiones del secretario que impiden la obligada intervención del juez implican también denegación de la tutela judicial efectiva.**

**Preceptos de referencia: Arts. 24 CE y 662 LEC.**

El caso se refiere a un problema ya conocido: La intervención de terceros en procedimientos de ejecución hipotecaria. En esta ocasión se trataba de un subadquirente que vio reiteradamente rechazada su petición de nulidad de actuaciones, con la particularidad de que las resoluciones en tal sentido no fueron tomadas por el juez sino por el secretario judicial.

A instancia de Banco de Santander S. A., el 19/4/2012 se dictó Auto despachando ejecución hipotecaria contra la deudora, inmobiliaria «Molise». Ésta no pudo ser citada personalmente y se recurrió al procedimiento de edictos. Mientras se iba desarrollando la ejecución, la finca cambió varias veces de manos, hasta ser adquirida por la Sra. M. el 27/8/2013. La Sra. M. inscribió su adquisición el 2/9/2013 y fijó en la finca su vivienda habitual.

La adjudicación de la finca al banco ejecutante, con facultad de cesión a tercero, no se produjo hasta el 15/1/2014, al haber quedado desierta la subasta. El 23/4/2014 se materializó la aludida cesión de la finca a la entidad Altamira Santander Real Estate, S. A y poco después, el 15/7/2014 se dictó Decreto aprobando el remate y adjudicación a favor de Altamira, señalando el 9/10/2014 para hacerle entrega de la posesión.

El 9/4/2014, la Sra. M., tras tener conocimiento del procedimiento por vía extrajudicial, había intentado personarse pidiendo que se declarase la nulidad de las actuaciones. Su solicitud fue rechazada mediante diligencia de ordenación del secretario «*bajo el argumento de que en el presente procedimiento no es parte doña M. A. L. M., sino que se sigue contra la entidad Inversiones Inmobiliarias Molise*». Todos los escritos posteriores de la Sra. M. fueron rechazados de la misma forma y con el mismo argumento, apuntándole la vía del «*procedimiento declarativo correspondiente*».

Llegados a este punto, la Sra. M. acudió en vía amparo al Tribunal Constitucional alegando, en síntesis, que se había vulnerado su derecho a la tutela judicial sin indefensión, al no declarar la nulidad de las actuaciones e impedirle defender sus legítimos derechos e intereses (art. 24.1 CE). A ello añadía la «*extralimitación de funciones*» del secretario judicial quien «*resolvió sobre la pretensión de personación y el posterior planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones, aspectos estos que debieron ser dilucidados por el Juez de Primera Instancia, al tratarse de una materia que la Ley encomienda a la potestad jurisdiccional*»

El problema ha sido abordado por el Tribunal Constitucional en sentencias anteriores a las que se remite ampliamente la ahora reseñada (cfr., SSTC 29/2003, de 13 de febrero 6/2008, de 21 de enero 43/2010, 26 de julio y STC 79/2013, de 8 de abril).

Hay que empezar recordando que, de acuerdo con el art. 662.1 LEC: «*Si antes de que se venda o adjudique en la ejecución un bien inmueble y después de haberse anotado su embargo o de consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio, pasare aquel bien a poder de un*

“tercer poseedor”, éste, acreditando la inscripción de su título, “podrá pedir que se le exhiban los autos” en la Oficina judicial, lo que se acordará por el Secretario judicial sin paralizar el curso del procedimiento, “entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores”» (comillas internas añadidas). Esto significa que el tercer adquirente, en función del momento en que comparezca, podrá intervenir en la subasta, presentar tercero que mejore la postura o bien, tal como dispone el art. 662.3 LEC, «en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor», «liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas» dentro de los límites de la responsabilidad a que el mismo esté sujeto.

Esta última era la situación de la Sra. M., que –como resulta de lo dicho– había comparecido el 9/4/2014, varios meses antes de que se dictara el Auto de aprobación del remate y adjudicación de la finca (9/10/2014). Tratándose de alguien que ha inscrito después del certificado de dominio y cargas previo a la ejecución hipotecaria, pesa sobre él la carga de moverse; pero, si lo hace, no puede negársele la posibilidad de comparecer e intervenir en defensa de sus derechos. Así lo destaca el Tribunal Constitucional en su sentencia: «El tercer adquirente posterior a la expedición de cargas y gravámenes realizada por el Registrador conoce el contenido del Registro y la existencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria. La nota marginal le sirve de notificación. Si no comparece lo hace a su propio riesgo y ventura, sin que a nadie más que a él mismo deba imputarse la negligencia. Sólo al titular del dominio que ha inscrito después de la certificación de cargas, compete la garantía de sus intereses, a través de la actividad que pueda desplegar compareciendo por propia iniciativa en los autos para hacer valer sus posibles derechos, sin que el Juez o el Secretario Judicial estén obligados a tomar medidas en defensa de derechos cuya existencia ignora. Pero, precisamente por ese motivo, una vez se tuvo conocimiento de la existencia de un tercer poseedor debió permitírsele la personación en el sentido que establece el art. 662.1 LEC» (FJ 4). Al no hacerse así, negándole su condición de parte e impedirle solicitar la nulidad de las actuaciones, se vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva.

La sentencia también se pronuncia para rechazar la competencia del secretario judicial, en favor de la del juez, poniendo de manifiesto que impedir la intervención de éste implica también denegación de la tutela judicial efectiva: «De manera diáfana, los apartados uno y dos del art. 241 LOPJ atribuyen la competencia para conocer del incidente de nulidad de actuaciones al Juez o Tribunal que dictó la resolución que hubiera adquirido firmeza, incluso cuando proceda la inadmisión a trámite del incidente, pues la resolución que así lo acuerde debe ser una providencia sucintamente motivada. A la vista de lo expuesto, el aspecto verdaderamente relevante, desde el prisma en que se sitúa este Tribunal, no se anuda a la nulidad que comporta resolver mediante diligencia de ordenación cuestiones que, conforme a la Ley, han de ser resueltas por medio de providencia o Auto (art. 228. 6 LEC, en relación con el art. 238.6 LOPJ), sino al hecho de que la actuación desarrollada por el Secretario Judicial ha supuesto, en su manifestación más primaria, una efectiva denegación de la tutela judicial efectiva pues, de hecho, impidió que el Juez pudiera entrar a conocer sobre una pretensión cuya resolución le compete con carácter exclusivo» (FJ 5; vid. para un caso similar la STC 115/1999).

**STC 233/2015, 5 de noviembre.**

**RI: Estimación parcial. Se declaran inconstitucionales y nulos el art. 1.39 (en cuanto introduce un nuevo apdo. 5 en la DT 1.ª de la Ley 22/1988, de Costas), la DA 4.ª, apdos. 1,2 y 4 y la DA 9.ª de la Ley 2/2013 de Protección y uso sostenible del litoral y de reforma de la Ley 22/1988 de Costas. Se declara que la DA 7.ª (y por conexión el Anexo) no son inconstitucionales siempre que se interpreten en los términos establecidos en la sentencia.**

**Ponente: Valdés.**

**Conceptos: Derecho al medio ambiente. Recursos naturales. Bienes de dominio público *ex constitutione* y *ex lege*. Costas. «Principio de no retorno». Zona de servidumbre. Actividades de extracción de áridos y publicitarias. Tramos «naturales» y «urbanos» de las playas. Enclaves privados en el dominio público. Obras. Urbanizaciones marítimo-terrestres. Prórroga de concesiones. Revisión de deslindes. Deslinde de Formentera. Reintegro de terrenos que dejan de formar parte del dominio público. Exclusión de determinados núcleos de población. Suspensión de resoluciones judiciales firmes sobre demolición de depuradoras. Régimen transitorio del suelo clasificado como urbano al entrar en vigor la Ley de Costas de 1988.**

**Preceptos de referencia: Arts. 9.3, 45, 53 y 132 CE. Arts. 1y 2 y DDAA 2.ª, 4.ª a 7.ª y 9.ª, DT 1.ª y Anexo de la Ley 2/2013 de Protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988 de Costas.**

La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado desde el Grupo Socialista del Congreso contra una larga serie de disposiciones de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y uso sostenible del litoral y de reforma de la Ley 22/1988 de Costas, impulsada y aprobada por la mayoría parlamentaria del Partido Popular. Se enfrentan, huelga decirlo, dos concepciones acerca de la configuración y usos de la costa española. Los recurrentes entienden que la nueva regulación no sólo constituye una regresión respecto a los niveles de tutela alcanzados por la Ley de Costas de 1988 (LC/1988) sino que, además, muchos de sus preceptos incurren en inconstitucionalidad. El recurso es complejo y, como cabe suponer, también lo es la sentencia. La reseña se limita a los aspectos esenciales. Siguiendo a la sentencia, LC/1988 designa a la ley de costas de 1988, Ley 2/2013 a la ley de reforma y LC a la ley de costas resultante de su reforma por la anterior.

Los recurrentes consideran: (a) Que el art. 132 CE (régimen jurídico de los bienes de dominio público y, en particular, de las costas) debe interpretarse de acuerdo con lo previsto en el art. 45 CE (derecho al medio ambiente a una utilización racional de los recursos naturales). Esto significa que para la determinación de los bienes que conforman el dominio público costero (zona marítimo-terrestre y playas) el legislador ha de limitarse a «*ejecutar un mandato constitucional [...] sin libertad alguna de configuración*». En este sentido, añade el recurso, «*la zona marítimo-terrestre se define primariamente por un simple hecho, al ser el espacio en el que entran en contacto el mar y la tierra*». Otra cosa es la configuración del «*régimen jurídico del espacio costero*», donde el legislador cuenta con mayor libertad, aunque «*esta no es absoluta ni tampoco homogénea*». (b) Que la Ley 2/2013 infringe el art. 45 CE (medio ambiente) en relación con los arts. 53 CE (contenido esencial de los derechos) y 132 CE (régimen de los bienes de dominio público y, en particular, de las costas), «*por constituir una rebaja arbitraria del nivel de protec-*

*ción del ecosistema litoral*». Desde su punto de vista, de la lectura combinada de los arts. 43, 53 y 10.1 CE se desprendería *«la exigencia de ir a más en la protección ambiental»*, debiendo descartarse todo retroceso pues, sostienen, *«existe [...] en nuestro sistema constitucional una suerte de principio «stand still» o de «no retorno» en el estándar de protección ambiental»*. Ello no supone, aclaran los recurrentes una *«petrificación»* absoluta del ordenamiento, *«pero sí significa que cualquier medida legislativa que reduzca o diluya los instrumentos de protección del dominio público marítimo-terrestre ha de estar justificada en argumentos objetivos y razonables, en datos empíricos y de suficiente persuasión»*. (c) Que la Ley 2/2003 *«viola los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad, de interdicción de la arbitrariedad y de irretroactividad respecto de situaciones ya perfeccionadas»*. En este sentido, sostienen los recurrentes, no es de recibo una reforma que esgrime la litigiosidad generada por la Ley de Costas de 1988 para dar marcha atrás en el *status quo* alcanzado, sólo para beneficiar a intereses particulares. En este contexto, sostienen, *«la Ley 2/2013 reabre injustificadamente la tarea ya efectuada de precisión de la determinación constitucional del dominio público»*.

Como cabe suponer, el Abogado del Estado presentó un extenso y razonado escrito de alegaciones en defensa de la plena constitucionalidad de la Ley 2/2013, cuya síntesis omitimos en aras de la brevedad. Por su parte, el Tribunal Constitucional aborda la problemática suscitada a partir de la fijación de las *«líneas maestras»* desde las cuales abordará luego el examen individualizado de cada impugnación. Esas líneas maestras se apoyan en la interpretación coordinada de los artículos 9.3, 45 y 132, que seguidamente se transcriben en lo que interesa: Art. 9.3 CE: *«La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos»*; art. 45 CE: *«1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. [//] 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. [//] 3. [...]»*; art. 132: *«1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. [//] 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. [//] 3. [...]»*.

A) *Las «líneas maestras» de la sentencia.*—El Tribunal, antes de entrar en el análisis de las diferentes impugnaciones, cree conveniente dibujar una seré de líneas maestras, que seguidamente se resumen.

1) Cuando el art. 132.2 CE dispone que algunos bienes incluidos en el doctrinalmente llamado *«demanio natural»* (zona marítimo-terrestre, playas, mar territorial, plataforma continental) forman parte del dominio público del Estado, no se refiere a *«bienes específicos [...] que pueden ser o no de dominio público en virtud de una afectación singular»*, sino a *«tipos o categorías genéricas*

*de bienes definidos según sus características naturales homogéneas [de modo que] la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado»* [FJ 2, a) con cita de la STC 227/1988]. Ello implica que *«la facultad del legislador estatal para definir el dominio público y establecer su régimen jurídico está sujeta a condicionamientos que la propia Constitución establece»*. Y añade: *«El mandato del constituyente quedaría burlado si el legislador obrase de modo tal que, aun reteniendo físicamente en el dominio público del Estado la zona marítimo-terrestre, tolerase que su naturaleza y sus características fueran destruidas o alteradas»* [FJ 2, a) con cita de la STC 149/1991]. No se trata sólo del *«simple hecho físico de ser esa zona el espacio en el que entran en contacto el mar y la tierra»*. De esa situación deriva, de acuerdo con la *Carta Europea del Litoral*, *«una serie de funciones sociales»* del dominio público marítimo-terrestre: *«Resulta esencial para el mantenimiento de los equilibrios naturales que condicionan la vida humana, ocupa un lugar estratégico en el desarrollo económico y en la reestructuración de la economía mundial, es soporte de las actividades económicas y sociales que crean empleo para la población residente, es indispensable para el recreo físico y psíquico de las poblaciones sometidas a la presión creciente de la vida urbana y ocupa un lugar esencial en las satisfacciones estéticas y culturales de la persona humana»* [FJ 2, a), con cita de la STC 149/1991].

2) Existe un *«nexo teleológico»* entre los arts. 45 y 132 CE, al que ya se refirió la STC 277/1988 y otras resoluciones como las SSTC 149/1991, 87/2012 y 102/1995. *«Por imperativo del criterio de unidad de la Constitución [es obligado] tener en cuenta también el conjunto de los principios constitucionales de orden material que atañen, directa o indirectamente, a la ordenación y gestión de recursos naturales, que se condensan en el mandato de su utilización racional»* [FJ 2, b)]. La vinculación entre los arts. 132 y 45 CE *«impone que, entre las diversas interpretaciones posibles [del primero] debemos respaldar aquellas que razonablemente permitan cumplir el mandato [del segundo]»* [FJ 2, b)]. De este modo, *«la interpretación sistemática de los arts. 45 y 132 CE [...] se erige en paradigma de la estrategia de protección ambiental consistente en sustraer del tráfico privado los bienes que conforman el dominio público marítimo-terrestre natural»*[FJ 2, b)].

3) No obstante, el art. 45 CE *«enuncia un principio rector, no un derecho fundamental»*. Los tribunales deben *«velar por el respeto al medio ambiente pero «de acuerdo con las leyes» que desarrollen el precepto constitucional»* [FJ 2, c), con cita de las SSTC 32/1983, 199/1996]. Es el legislador quien debe *«determinar las técnicas apropiadas»* (*ibidem*, con cita de la STC 84/2013), en el bien entendido de que las normas constitucionales no son, en absoluto, *«meramente programáticas»*. La determinación del margen de maniobra legislativo, no obstante, es tarea *«siempre completa»*, sobre todo cuando, como es el caso, *«se alega regresión o involución de los estándares de protección»* ya existentes en la ley. Hay

que buscar un equilibrio entre la «preocupación ecológica surgida en las últimas décadas» (acrecentada por las nuevas preocupaciones derivadas del cambio climático) y la explotación y utilización privada de los recursos naturales. En esta tesitura, no obstante, «el ordenamiento medioambiental no es neutro». Es aquí donde debe ubicarse el «principio de no regresión medioambiental (también conocido como cláusula stand-still)», que viene a ser una suerte de «lex non scripta en el derecho internacional ambiental y, sin duda, constituye una formulación doctrinal avanzada que ya ha alumbrado una aspiración política» [FJ 2, c)]. La cuestión que se plantea la sentencia es «si cabe extraer directamente tal principio de los postulados recogidos en el art. 45 CE» (*ibidem*). A este propósito señala la sentencia que los objetivos de conservación, defensa y restauración del medio ambiente comportan «tanto la preservación de lo existente como una vertiente dinámica tendente a su mejoramiento». No obstante, «también es de notar que el deber constitucional se proyecta sobre el medio físico, en tanto que el principio de no regresión se predica del ordenamiento jurídico». Se trata de una diferencia relevante: «Significa que la norma no es intangible, y que por tanto la apreciación del potencial impacto negativo de su modificación sobre la conservación del medio ambiente requiere una ponderación en la que, como uno más entre otros factores, habrá de tomarse en cuenta la regulación preexistente». No cabe otorgar a ésta un plus de validez ni, en consecuencia, «atribuir al derecho al medio ambiente un contenido intangible para el legislador». No es casual, concluye la sentencia, que en este terreno el principal reconocimiento de derechos subjetivos (en el Convenio de Aarhus de 1998, Comisión Económica de la ONU para Europa) se haya concretado en los llamados «derechos procedimentales» (información, participación y acceso a la Justicia) [FJ 2, c)]

4) Dado que no cabe identificar el «deber de conservar el medio ambiente» con el «deber de conservar la norma», hay que fraguar un equilibrio entre dos polos: (i) «La reversibilidad de las decisiones normativas es inherente a la idea de democracia» [FJ 2, d), con cita de la STC31/2010]; (ii) El legislador tiene un margen legítimo de configuración «amplio, pero no ilimitado pues está supeditado a los deberes que dimanar del conjunto de la Constitución»; en particular, a los arts. 45 y 132 CE «que delimitan el contorno de la discrecionalidad [...] lógicamente más reducido cuando afecta al núcleo de los bienes demanializados ex art. 132.2 CE y más extenso cuando se trata de definir el dominio público de configuración legal o el régimen general de uso de los bienes de dominio público» [FJ 2, d)]. Dicho de forma más concreta La LC/1988 no es parámetro legítimo válido para determinar la constitucionalidad de la Ley 2/2013: «Puede contribuir a la interpretación de la evolución legislativa y del grado de alteración del statu quo que supone su reforma, pero en ningún caso puede erigirse en factor de petrificación» (*ibidem*). La Constitución, por tanto, ampara el avance, pero no se opone necesariamente al retroceso.

5) También conforma una de las «líneas maestras» la doctrina constitucional sobre los principios de irretroactividad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). No obstante,

la sentencia renuncia a una exposición de carácter general remitiendo al análisis de cada una de las concretas impugnaciones [FJ 2, d)]

B) *Bienes demanializados directamente por el art. 132.2 CE y bienes demanializados por decisión del legislador ordinario (FJ 3).*—A partir de esta distinción básica y elemental, la sentencia se refiere a los siguientes bienes:

1) El límite de la zona marítimo-terrestre [FJ 3, a)].—El art. 3.1, a) LC/1988 fijaba la extensión de esta zona *«por referencia al alcance de las olas en los mayores temporales conocidos»*. La Ley 2/2013 modifica este precepto para remitir tal alcance a *«los criterios técnicos que se establezcan reglamentariamente»*. Los recurrentes entendían que la remisión a reglamento infringiría la reserva de ley prevista en la Constitución, cosa que, sin embargo, la sentencia rechaza: La reforma del art. 3.1.a) LC no contraviene la doctrina establecida *«porque no altera en modo alguno el criterio sustantivo que sirve para fijar el límite interior de la zona marítimo-terrestre por referencia al alcance de las olas en los mayores temporales conocidos»*. La remisión al reglamento facilita una mejor adecuación a unos criterios técnicos cuya mejora no hace sino aumentar las garantías. Al Tribunal Constitucional no le corresponde controlar la legalidad de esas normas reglamentarias, cosa que compete a los tribunales ordinarios: *«Un hipotético exceso reglamentario no empaña el juicio de constitucionalidad»*

2) Los terrenos inundados artificial y controladamente [FJ 3, b)].—El nuevo pfo. 3.º del art. 3.1.a) LC excluye de la zona marítimo-terrestre los *«terrenos que sean inundados artificial y controladamente, como consecuencia de obras o instalaciones realizadas al efecto, siempre que antes de la inundación no fueran de dominio público»*. Los recurrentes entienden que, ya se trate del resultado de una inundación natural o artificial, esos terrenos inundados deben considerarse dominio público. La sentencia rechaza esta tesis. De acuerdo con ella, *«los terrenos inundados o inundables por causas naturales [...] son los que forman parte del demanio natural»* y estos no se ven afectados por la reforma. En cuanto a los otros, es decir, los inundables de forma artificial y controlada (siempre que con anterioridad no fueran de dominio público), se trata de dominio público de configuración legal y, en cuanto a él, el cambio de criterio *«puede ser motivo [...] de legítima discrepancia, pero no de infracción del art. 132.2 CE»*.

3) Playas y dunas [FJ 3, c)].—La Ley 3/2013 modifica lo relativo a las dunas para establecer sólo tienen carácter demanial *«hasta el límite que resulte necesario para garantizar la estabilidad de las playa y la defensa de la costa»*. Los recurrentes consideran que *«al anularse la consideración demanial de todas las cadenas de dunas litorales, se limita indebidamente el dominio público»*. La sentencia rechaza también esta tesis. Se trata de *«una delimitación de la playa, dependencia demanial por imperativo del art. 132.2 CE»*. Desde esta perspectiva, no todas las dunas merecen la misma consideración. Hay que atender a su tipología, prevista en el reglamento

de la Ley de Costas de 1989. Sólo formarán parte del dominio público por imperativo constitucional aquellas que sirven para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa. Es el caso «de las dunas móviles o en evolución» por acción del mar o del viento, así como de las «dunas primarias y secundarias (en función de su grado de cobertura vegetal) hasta su borde interior». En cambio, quedan fuera del dominio público por no ser necesarias para cumplir la expresada función legal «las dunas relictas (formadas en otro tiempo geológico, aisladas tierra adentro o colgadas sobre una costa rocosa, sin vinculación con ninguna playa) y [salvo en casos excepcionales] las dunas estabilizadas (las que cuentan con un 75 % de cobertura vegetal)».

C) *Zona de servidumbre de protección: Posible reducción a 20 metros en algunos lugares (FJ 4).*—La LC/1988 establece una servidumbre de 100 metros desde el límite interior de la ribera del mar, susceptible de ampliarse otros 100 metros, en atención a las peculiaridades de la costa de que se trate. La Ley 2/2013 posibilita la reducción de esa zona hasta tan solo 20 metros en determinados supuestos, cosa que los recurrentes juzgan inconstitucional. No obstante, la sentencia lo rechaza nuevamente: «La fijación de la zona de servidumbre de protección en 100 metros como regla general era y es compatible con el establecimiento, en más, pero también en menos, de márgenes de flexibilidad que tengan en cuenta la realidad preexistente (DT 3.ª LC) o las diversas características físicas de cada tramo de costa». La norma impugnada, añade el Tribunal, tampoco implica una deslegalización contraria a la reserva de ley del art. 132.2 CE para la determinación del régimen jurídico de los bienes de dominio público pues «no forma parte de este núcleo estricto, sino de las limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar»

D) *Actividades de extracción de áridos y publicitarias (FJ 5).*—La reforma cambia el régimen de prohibición general de las actividades que impliquen la destrucción de yacimientos de áridos, limitándola a los «yacimientos naturales o no consolidados, entendiéndose por tales los lugares donde existen acumulaciones de materiales detríticos tipo arenas o gravas». Asimismo como excepción a otra prohibición, se remite a reglamento el establecimiento de las condiciones en que se podrá autorizar la publicidad «siempre que sea parte integrante o acompañe a instalaciones o actividades permitidas y no sea incompatible con la finalidad de la servidumbre de protección». En ambos casos los recurrentes invocan el ya comentado «principio de no regresión». Sin embargo, tampoco en este caso prospera el recurso.

En cuanto a la extracción de áridos, lícita antes y después de la reforma, se mantiene la prohibición de las actividades «que impliquen la destrucción de los naturales o no consolidados», al tiempo que somete la autorización de extracción y dragados a importantes restricciones para salvaguardar, en particular, la integridad de la playa. Lo mismo sucede, prosigue la sentencia, con la «publicidad de las instalaciones o actividades permitidas en la zona de servidumbre de protección». De hecho, dice la sentencia, la reforma de

2013 no supone una novedad absoluta pues el art. 45.5 del Reglamento de 1989 *«ya contemplaba una excepción para los rótulos indicadores de establecimientos, siempre que se coloquen en su fachada y no supongan una reducción del campo visual»*. En resumen, las opciones seguidas en uno y otro caso, *«están comprendidas en la libertad de configuración del legislador, que se proyecta con mayor intensidad cuando se trata de regular no ya el régimen de los bienes de dominio público marítimo-terrestre, que en sus líneas maestras figura en el art. 132 CE como límite infranqueable, sino las limitaciones que afectan a los predios sitos en la franja adyacente; los terrenos contiguos a la ribera del mar»*.

E) *Régimen de ocupación y uso de las playas: tramos «naturales» y «urbanos» (FJ 6)*.—La reforma introduce una distinción entre tramos «naturales» y «urbanos» que la sentencia, contra el criterio de los recurrentes, considera que *«no afecta a su naturaleza demanial, sino al régimen de uso de estos bienes»*, campo en el que el legislador goza de *«un mayor margen de apreciación a la hora de adoptar medidas para preservar las características propias de [los mismos]»*. En concreto, subraya el Tribunal: *«No puede calificarse de irrazonable que la determinación de los usos admisibles en las playas tenga en cuenta el grado de urbanización del entorno [...] dotando a los tramos naturales [...] de un elevado nivel de protección que restrinja su ocupación»*.

F) *Enclaves privados en el dominio público marítimo-terrestre (FJ 7)*.—La reforma añade a la DT 1.<sup>a</sup> LC un nuevo apartado 5 que *«excluye del dominio público marítimo-terrestre a los terrenos que hubieran sido inundados artificial y controladamente como consecuencia de obras o instalaciones realizadas al efecto y que estuvieran destinados a actividades de cultivo marino o a salinas marítimas»*. Conviene deslindar este caso del ya mencionado anteriormente [vid. esta misma reseña *supra* B).2]. En éste, se aludía a terrenos inundados artificial y controladamente *«que antes de la inundación no fueran de dominio público»*. En cambio, la norma que ahora se comenta se refiere a *«terrenos ubicados en la zona marítimo-terrestre o la playa»*, es decir *«en la franja integrada en el dominio público por imperativo del art. 132.2 CE»*. Se trataría del *«anverso y el reverso del mismo fenómeno de inundación artificial y controlada de los terrenos»*. Por ello la conclusión en este caso sí es favorable a las tesis de los recurrentes: *«El legislador dispone de margen de configuración para decidir acerca del régimen jurídico de los terrenos que, no perteneciendo a la ribera del mar, hubieran sido inundados mediante técnicas artificiales y controladas. Pero procede asimismo afirmar, contrario sensu, que la pretensión de excluir porciones del dominio público natural en atención a su transformación artificial y al tipo de explotación resulta constitucionalmente inadmisibile. La naturaleza demanial de estas categorías de bienes no es disponible para el legislador, puesto que está determinada directamente por el art. 132.2 CE»*. Recurriendo a la doctrina sentada en su anterior sentencia sobre la Ley de Costas de 1988 (STC 149/1991), el Tribunal recuerda *«que las titularidades dominicales privadas preexistentes «recaen sobre unos bienes —zona marítimo-terrestre y playas— que por sus propias característi-*

*cas físicas y naturales eran y son de dominio público y, por tanto, se trata de unas titularidades que por imperativo constitucional deben cesar» (STC 149/1991, FJ 8. B.a), sin perjuicio de que de ello derive el régimen de concesiones compensatorias regulado en esta misma disposición transitoria, que fue objeto de detallado análisis en la citada resolución». Por todo ello, se declara inconstitucional y nulo, como contrario al art. 132.2 CE, el art. 1.39 de la Ley 2/2013, en cuanto introduce un nuevo apdo. 5.º en la DT 1.ª LC.*

G) *Obras e instalaciones construidas o autorizadas antes de la entrada en vigor de la LC/1988 (FJ 8).*—La reforma modifica la DT 4.ª LC para admitir obras de reparación, mejora y consolidación, siempre que no impliquen un aumento de volumen, altura o superficie de las construcciones existentes. Los recurrentes invocaban el «principio de no regresión» del Derecho medioambiental. La sentencia, sin embargo, no comparte su punto de vista. La LC/1988 no es un parámetro para medir la constitucionalidad de la Ley 2/2013. Sobre esta base *«ha de constatarse que las modificaciones introducidas en la DT 4.ª [...] recaen sobre obras o instalaciones existentes o autorizadas con anterioridad a su entrada en vigor, bien porque contaran con previa autorización o concesión conforme a la LC/1969, bien porque, sin disponer de dichos títulos, hayan sido legalizadas por razones de interés público»*. Al margen de la valoración que se haga de la reforma, es claro que *«[no desborda] el margen de configuración del que dispone el legislador»*

H) *Urbanizaciones marítimo-terrestres (FJ 9).*—Se impugna la nueva DA 10.ª añadida a la LC para regular las urbanizaciones marítimo-terrestres y, por conexión, la DA 10.ª Ley 2/2013, *«que reintegra el dominio de los terrenos de estas urbanizaciones que pierdan su condición demanial a los titulares que los tuvieran inscritos en el Registro de la Propiedad»*. La sentencia rechaza la inconstitucionalidad denunciada con el argumento «decisivo» de que *«estas urbanizaciones no se ubican en la franja demanial preservada por el citado precepto constitucional, sino que se caracterizan por conformarse a partir de la inundación artificial de terrenos privados, regulándose las obras de construcción de canales navegables en terrenos que, previamente, no fueran de dominio público marítimo-terrestre, ni estuvieran afectadas por la servidumbre de protección (apartados 1 y 3 de la disposición adicional 10.ª)»*. A fin de cuentas, la reforma de 2013 considera incorporados al dominio público los *«terrenos que siendo de titularidad privada quedarán inundados, a excepción de los destinados a estacionamiento náutico individual y privado»*. Se trata, prosigue, de *«una regulación que preserva en lo fundamental el carácter demanial de los terrenos inundados que, por su condición de canales navegables, presentan una necesaria continuidad física con el dominio público preservado por el art. 132.2 CE al quedar en comunicación permanente con la zona marítimo-terrestre y el mar territorial [...]»*. La limitada excepción de los estacionamientos náuticos *no desborda el margen de configuración legal de que dispone el legislador»*

I) *Prórroga de las concesiones otorgadas al amparo de la normativa anterior. Titularidades amparadas por el art. 34 de la Ley Hipotecaria (FJ 10).*—Los recurrentes denunciaban la inconsti-

tucionalidad de un conjunto de previsiones destinadas a prorrogar las concesiones otorgadas bajo la precedente normativa. El Tribunal, sin embargo, rechaza todas las impugnaciones incluidas en este apartado, aplicando la doctrina general que enuncia antes de abordarlas. Con transcripción de la precedente STC 227/1988, la sentencia recuerda que *«los derechos de aprovechamiento privativo a perpetuidad no son compatibles, en el plano de la efectividad no puramente formal de las normas jurídicas, con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público que el art. 132.1 de la Constitución consagra»* (STC 227/1988, FJ 11). Ahora bien, prosigue la sentencia reseñada, *«una vez descartado el carácter perpetuo del uso privativo del dominio público, la determinación del plazo de duración de las concesiones demaniales y de sus prórrogas está comprendida en la remisión que el art. 132.2 CE hace a la ley»*. En definitiva, *«no puede negarse al legislador su legítimo margen de configuración, debiendo limitarse el Tribunal a examinar si la opción legislativa se ha desenvuelto dentro del respeto [a los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad] y al resto de bienes y valores constitucionales cuya infracción denuncian los recurrentes [interdicción de la arbitrariedad; libre competencia; no discriminación]»*.

Mención especial merece la reforma destinada a conceder directamente un derecho de ocupación y aprovechamiento por 30 años a los titulares de terrenos en la zona marítimo-terrestre o playas amparados por el art. 34 de la Ley Hipotecaria pero sin una sentencia judicial firme en su favor. De este modo, observa el Tribunal, se aproximan ambos regímenes transitorios (el basado en la sola titularidad registral y el basado en una resolución judicial), solventando las reservas que el propio Tribunal había manifestado en su anterior STC 149/1991 ante la diferencia de trato que la anterior normativa establecía.

J) *Obligada revisión de deslindes (FJ 11)*.—La tacha se dirige contra la DA 2.<sup>a</sup> de la Ley 3/2013, de la que resulta la obligación de revisar los deslindes. La sentencia, sin embargo, entiende que esa tacha no debe prosperar. *«La modificación de los deslindes es una actividad ordinaria»* que ya preveía la LC/1988 cuando por cualquier causa se alterase la configuración del dominio público marítimo-terrestre. En este caso, la alteración resulta de la modificación normativa operada por la Ley 2/2013, cosa que *«forzosamente ha de incidir en la práctica de los deslindes, sean éstos de nuevo cuño o de modificación por revisión»*.

K) *Deslinde de la isla de Formentera (FJ 12)*.—Se impugnan los apartados 1 y 4 de la DA 4.<sup>a</sup> de la Ley 2/2013. En ella se regula el deslinde de Formentera y se discute «por establecer una determinación singular del dominio público marítimo-terrestre» carente de toda justificación y que *«reduce significativamente la porción de demanio natural de la isla»*, en interés privado. El Tribunal acoge la impugnación. *«Por imperativo del art. 132.2 CE, los elementos abstractos definitorios de la zona marítimo-terrestre o las playas forzosamente han de ser los mismos en el conjunto del territorio, peninsular o insular»*. La DA 4.<sup>a</sup> de la Ley 2/2013 vendría a establecer *«un exorbitante privilegio proscrito»*.

por el propio art. 132.2 CE». En consecuencia se declara inconstitucional la DA 4.<sup>a</sup>, apartados 2 y 4 de la Ley 2/2013.

L) *Reintegro del dominio de los terrenos que, por la reforma, dejan de formar parte del dominio público marítimo-terrestre (FJ 13).*—La sentencia rechaza la inconstitucionalidad de la DA 5.<sup>a</sup> de la Ley 5/2013 (en la que se prevé el citado reintegro) argumentando que «el carácter abstracto del mandato de reintegro» impide apreciar la infracción: «Sólo en el caso de que la exclusión de determinados bienes del dominio público [marítimo]-terrestre incurra en infracción del art. 132.2 CE será constitucionalmente ilegítimo su reintegro a manos privadas»

M) *Exclusión de determinados núcleos de población del dominio público marítimo-terrestre (FJ 14).*—La DA 7.<sup>a</sup> de la Ley 3/2013 excluye determinados núcleos de población, relacionados en el Anexo. Según los recurrentes, con esta norma se habría infringido el art. 132.2 CE «que impediría la operación de exclusión de bienes del demanio natural aunque hayan sido alterados por mano del hombre». La sentencia, sin embargo, entiende que cabe hacer una interpretación de la norma conforme a la Constitución y, por ende, salvar su validez. A este objeto, el Tribunal parte de una «doble constatación»: De un lado, el art. 132.2 CE define el dominio público estatal; y de otro, los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad previstos en el art. 131.1 CE «no impiden, como el mismo precepto admite, su desafectación». Sobre esta base, la Sentencia afirma que: «El recto entendimiento de la disposición adicional 7.<sup>a</sup> de la Ley 2/2013 de acuerdo con la Constitución permite considerar que sus consecuencias jurídicas no se extienden a la regulación del completo régimen jurídico que deriva de que los núcleos de población enumerados en el anexo de la Ley han perdido las características naturales que determinaron su inclusión en el dominio público marítimo-terrestre en virtud de deslindes anteriores. Por el contrario, su virtualidad radica en la identificación, ope legis, de unos terrenos que notoriamente han perdido por obra de la acción del hombre las características de dominio público natural, excluyéndose la necesidad de esa justificación». Así interpretada la DA 7.<sup>a</sup> de la Ley 2/2013 resulta conforme con la Constitución.

N) *Demolición de depuradoras: Suspensión de la ejecución de las sentencias firmes que la ordenan (FJ 15).*—La DA 9.<sup>a</sup> de la Ley 2/2013 regula la «garantía de funcionamiento temporal de determinadas instalaciones de depuración, que deben ser reubicadas en cumplimiento de resoluciones judiciales». Al margen del planteamiento de los recurrentes, el Tribunal Constitucional entiende que «se trata de determinar si la suspensión temporal de estas resoluciones judiciales [firmes] vulnera los arts. 9.3, 24 y 117.3 CE». La respuesta de la sentencia es rotundamente afirmativa. La DA.<sup>a</sup> de la Ley 2/2013 «vulnera la potestad de Jueces y Tribunales para hacer ejecutar lo juzgado (arts. 117.3 y 118 CE) al desplazar esta decisión a la Administración y, con ello, vulnera también el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, al obstaculizar de forma indebida y desproporcionada el cumplimiento del fallo judicial». En consecuencia, la citada DA 9.<sup>a</sup> de la Ley 2/1013 resulta inconstitucional y nula.

Ñ) *Régimen aplicable a los terrenos que a la entrada en vigor de la LC/1988 estaban clasificados como suelo urbano (FJ 16).*—La DT 1.ª de la Ley 2/2013 reajusta el régimen transitorio de la LC/1988 para los terrenos clasificados como suelo urbano en el momento de su entrada en vigor. En esencia la LC/1988 pretendía «acomodar las limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar a los tramos de costa que ya estaban urbanizados». En concreto «dispuso para los terrenos que estuvieran clasificados como suelo urbano a su entrada en vigor, la reducción de la anchura de la servidumbre de protección a veinte metros y la inaplicación de las determinaciones relativas a la zona de influencia». La reforma de 2013 extiende dicho status «a aquellos otros terrenos que, sin haber sido clasificados como suelo urbano, cumplieran en la misma fecha de entrada en vigor de la LC 1988 uno de estos dos requisitos: (i) contaran con servicios urbanísticos (acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica) y estuvieran consolidados por la edificación en al menos un tercio de su superficie; o (ii) estuvieran comprendidos en áreas consolidadas por la edificación con mínimo en dos terceras partes de su superficie en municipios con planeamiento, que se reduce a la mitad en municipios sin planeamiento». El Tribunal, no obstante, rechaza la impugnación.

**STC 242/2015, 30 noviembre.**

**RA: Inadmitido.**

**Ponente: Valdés.**

**Conceptos: Filiación. Orden de los apellidos y principio de igualdad.**

**Inadmisión del amparo por falta de alegación de la pretendida vulneración en la vía judicial previa.**

**Preceptos de referencia: Arts. 14 y 18 CE, 109 CC y 194 RRC.**

La sentencia no entra en el fondo del asunto porque la infracción constitucional no fue denunciada en la vía judicial, algo imprescindible dada la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo. Aun así, vale la pena reseñar brevemente el caso y dar cuenta de los términos en que se planteó el problema de fondo.

El conflicto tiene su origen en una demanda de reclamación de paternidad en la que se pidió de forma expresa la rectificación del Registro Civil a fin de que constara en primer lugar el apellido del padre demandante. La madre, demandada, contestó sin oponerse («venimos a contestar a dicha demanda sin oponernos a la misma»). La sentencia (dictada por un Juzgado de Violencia pues el padre había sido condenado por malos tratos), estimó la demanda y acordó la rectificación solicitada, haciendo caso omiso de la petición en contrario planteada por la madre en el acto de la vista. Como explicaba la sentencia, tal pretensión no podía admitirse: En primer lugar, por extemporánea (debió haberse formulado en la contestación; amén de suponer una reconvencción no prevista en la ley); y, en segundo lugar porque, en cualquier caso, cuando no hay acuerdo entre los progenitores, procede anteponer el apellido del padre según lo previsto en los arts. 109, II CC y 194 del Regla-

mento del registro Civil (RRC), que seguidamente se reproducen para mayor comodidad (énfasis añadido):

Art. 194, II CC: «*Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. “Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley”*»).

Art 194 RRC: «*Si la filiación está determinada por ambas líneas y a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, “primer apellido de un español es el primero del padre” y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera*».

La madre demandada interpuso recurso de apelación alegando que la menor ya estaba familiarizada con sus apellidos iniciales y que, además, por efecto de la sentencia, pasaría a tener como primer apellido el de un maltratador. El recurso, no obstante, fue desestimado por la extemporaneidad de la petición (en la vista) y el principio de preclusión del art 400 LEC (cuyo referente es la contestación). Tampoco tuvo éxito, por razones procesales, el intento de recurso de casación, en el que ya se invocaba –pero por primera vez– el art. 14 CE. En este sentido, la recurrente pedía: «*«La aplicación del art. 109 del Código Civil (CC) en relación con los arts. 49 a 53 de la Ley del Registro Civil (LRC) y el art. 194 del Reglamento del Registro Civil (RRC) por los que es desestimada la pretensión de esta parte vulneran de forma manifiesta el derecho de igualdad ante la ley y no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE», pues en caso de desacuerdo entre ambos progenitores prevalece la decisión del padre*» [Antecedente 2, e) de la STC].

Por tal razón, la madre de la niña acudió finalmente en amparo al Tribunal Constitucional. En su demanda denunciaba: «*La vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo (art. 14 CE)*». En este sentido aducía que «*la aplicación automática de los arts. 109 CC y 194 RRC al caso en cuestión, genera una situación de desigualdad entre las partes, pues se otorga al padre la capacidad última de decisión al respecto de establecer el orden de los apellidos de la menor», sin atender a otros hechos relevantes como que el actor inicialmente decidió no reconocer dicha paternidad y lo hizo tres años después del nacimiento de la niña, momento en el que había recaído sobre él una condena por violencia de género, siendo la víctima la madre de la menor, sin que a la fecha el padre haya asumido ninguna carga económica a favor de la niña*» (Antecedente 3 de la STC).

El Ministerio Fiscal se mostró favorable a la estimación del recurso. A su juicio: «*El criterio legal de preferencia o de primacía del apellido paterno sobre el materno en defecto de acuerdo entre los progenitores es frontalmente contrario al principio constitucional de igualdad y no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE, citando en este sentido la STC 39/2002 FJ 5, así como diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de entre los que cabe destacar los casos «ÜnalTekeli c. Turquía», de 16 de noviembre de 2004 «Cusan y Fazzo c. Italia», de 7 de enero de 2014 y «Losonci Rose y Rose c. Suiza», de 9 de noviembre de 2010 de los que se desprende que para el Tribunal Europeo de Derecho Humanos la impo-*

*sición del apellido paterno, sin opción o excepción alguna, es una regla discriminatoria contra las mujeres». A ello añadía el Fiscal que el cambio de apellidos se habría llevado a cabo sin valorar los órganos judiciales el posible daño a la niña en un momento de su vida en el que «aprende quién es» y se conforma «su identidad». Para reforzar su argumentación, el Fiscal invocaba también el art. 18 CE: «Si bien en la demanda de amparo no hay una invocación expresa del derecho al nombre de la menor, como derecho integrado dentro del más amplio derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE y como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), desde un criterio de flexibilidad en la tutela de los derechos fundamentales que inspira la doctrina constitucional ( SSTC 35/2006 FJ 2, y 191/2011 FJ 6) podría entenderse que no hay obstáculo alguno en examinar también el amparo solicitado desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la hija menor, lo que contaría con el precedente de la STC 167/2013, de 7 de octubre». En definitiva, el Fiscal consideraba «que los Tribunales ordinarios debieron ponderar el interés de la hija menor, como interés de carácter prevalente, por lo que las resoluciones judiciales impugnadas habrían vulnerado también el derecho a la propia imagen de la menor (art. 18.1 CE)» (Antecedente 8 de la STC).*

Pese a ello, el Tribunal Constitucional inadmite al fin el recurso pues otra cosa supondría enjuiciar *ex novo* una infracción (la del derecho a la igualdad, art. 14 CE) sobre la que no pudieron pronunciarse los tribunales: «La primera vez que la representación procesal de la recurrente plantea la queja que hoy se eleva en amparo, esto es, la eventual vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) derivada de la prevalencia del apellido del padre respecto del de la madre, es en el recurso de casación. Dicha vulneración no se denuncia en primera instancia, ni en el recurso de apelación, pues los argumentos que se elevan para fundamentar la petición se centran exclusivamente en defender los intereses de la menor, con el fin de evitarle posibles perjuicios, pero nada se alega en relación con la vulneración del derecho a la igualdad» (FJ 5).

**STC 266/2015, 14 diciembre.**

**RA: Estimado parcialmente.**

**Ponente: Enríquez.**

**Conceptos: Responsabilidad civil derivada de delito. Declaración de nulidad de escrituras e inscripciones registrales en procedimiento penal. Límites de la restitutio in integrum prevista en el art. 111 CP. Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.**

**Preceptos de referencia: Art. 24.1 y 2 CE y arts. 109 y ss. CP.**

El 12/5/2008 el Sr. J. G. C. L y su hermano vendieron al Sr. F., en documento privado, una finca de su propiedad, en cumplimiento de un previo acuerdo destinado a cancelar cierta deuda. El siguiente 21 de mayo F., como nuevo propietario, cambió la cerradura y puso un cartel anunciando que la finca estaba en venta. Más o menos por las mismas fechas J. G. C. L. procedió a un nuevo cambio de cerradura y se instaló en la finca, denunciando ante la Guardia Civil que unos desconocidos habían cambiado la cerradura y colocado un cartel de «en venta». En esta tesitura, F. presentó querrela por delito de usurpación, coacciones y simulación de delito.

El 15/5/2008, no obstante, poco después de la venta de la finca en documento privado al Sr. F, el Sr. J. G. C. L. había firmado una escritura de préstamo hipotecario con Caja de Ahorros de Galicia (entidad antecesora de NCG División Grupo Inmobiliario, S. L. U, en adelante NGC). En la escritura, inscrita el 2/6/2008, el Sr. C. L. declaró que la finca era de su propiedad y que no había sobre ella carga alguna. El impago llevó a NCG a ejecutar la hipoteca y, al fin, a adjudicarse la finca tras el correspondiente proceso.

En el procedimiento penal contra el Sr. J. G. C. L. el Sr. F, que ejerció la acusación particular, solicitó, entre otros pronunciamientos civiles, «*la anulación de todas las escrituras e inscripciones registrales así como cualquier otro tipo de cargas y gravámenes que pesen sobre la finca y casa y que sean posteriores a la fecha de la compra de la casa, es decir, 12-05-2008*». El Juzgado de lo Penal condenó al acusado como autor de un delito de usurpación (absorbiendo el de coacciones) y otro de simulación de delito. Asimismo acogió la indicada pretensión de la acusación particular y, en consecuencia, además de condenarle a indemnizar, declaró la nulidad de «*las escrituras, inscripciones registrales, cargas y gravámenes sobre la finca y casa posteriores a la compra de 12-5-2008*».

La Sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de La Coruña. No obstante, la Audiencia apuntaba expresamente la limitación de su conocimiento a «*lo que el recurso permite revisar de los pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil (nada se dice sobre la petición de restitución posesoria; se ignora cómo pretenden imponerse pronunciamientos cancelatorios sin inscribirse el derecho dominical contradictorio, carente de título apto para ello, o sin que hayan podido defenderse los titulares de derechos inscritos o de anotaciones relativos a la finca)*».

El Juzgado de lo Penal interesó la constancia registral de lo decidido y, al propio tiempo, requirió a NCG para que hiciera entrega de las llaves de la finca. El Registro, al tiempo que señalaba algunos problemas de identificación de la finca, advirtió que, aun subsanados, se denegaría lo interesado por el Juzgado. NCG, por su parte, se dirigió a éste para instar la nulidad de la decisión por entender que se había adoptado sin darle ocasión de intervenir y, por tanto, con vulneración del art. 24 CE.

Tras diversas incidencias NCG acudió finalmente al Tribunal Constitucional. Su recurso de amparo se basaba en la vulneración de sus derechos: 1.º A la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE); 2.º Al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2); y 3.º A un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). La recurrente también pedía la suspensión cautelar del requerimiento de entrega, cosa que el Tribunal Constitucional rechazó, sustituyendo esta medida por la anotación de la demanda de amparo en el Registro de la Propiedad.

La sentencia del Constitucional reordena los argumentos de NCG para abordar en primer lugar la cuestión del derecho al juez ordinario y, resuelta esta, las relacionadas con el derecho a la tutela judicial.

1) *Anulación en proceso penal de titularidades civiles y adquisiciones de bienes efectuadas por terceros.*—Como es notorio, en España existe —sigue existiendo— la llamada «responsabilidad civil derivada de delito» y, de forma más amplia, la posibilidad de que los jueces penales decidan cuestiones de carácter civil relacionadas con los delitos de los que tienen conocimiento. En el caso que nos ocupa, el problema llega más allá del procesado y al fin condenado, para alcanzar a un tercero que había adquirido derechos a título one-

roso confiando en la apariencia registral y, además, los había inscrito a su favor. NCG entendía que una cosa es que el juez penal pueda pronunciarse sobre la responsabilidad civil del delincuente y otra que pueda pronunciarse sobre derechos civiles de terceros ajenos por completo al delito en cuestión. A este objeto decía en el recurso que: *«No existiendo posibilidad alguna de calificar a NCG como responsable civil de los delitos por los que fue condenado J. G. L. T, tampoco era factible declarar la nulidad de actos y/o negocios jurídicos celebrados sobre la finca registral núm. 22.801 que ninguna relación guardan con los hechos enjuiciados. La responsabilidad civil exdelicto únicamente compete en este caso al penado. Por ello, el singular pronunciamiento judicial de declaración de nulidad de las escrituras, inscripciones registrales, cargas y gravámenes contenido en la Sentencia del Juzgado de lo Penal no encuentra encaje o acomodo en ninguna de las previsiones de los arts. 111, 112 y 113 del Código penal (CP) lo que determina la falta de competencia del órgano judicial».*

Para mayor comodidad, seguidamente se transcribe lo previsto en el art. 111 CP:

*«1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito.*

*2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irrevindicable».*

El Fiscal se opuso a la pretensión de NCG, alegando que *«a la vista de la amplitud restaurativa que prevén los arts. 110 y 111 CP el Juez de lo Penal tiene capacidad para resolver sobre tales cuestiones cuando así le haya sido solicitado, como era el caso, sin que ello afecte al derecho al juez natural».*

Este criterio es el que, al fin, hace también suyo la sentencia del Tribunal Constitucional: *«El argumento dado por la recurrente queda reducido a mostrar cierta discrepancia con la atribución competencial que, en las circunstancias del caso, emana de la conexión entre los arts. 109 y ss. CP y los arts. 14 y 107 a 113 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) Pero el órgano judicial asumió el enjuiciamiento de los hechos mediante una interpretación de las normas legales y procesales sobre atribución de competencias no susceptible de ser calificada como manifiestamente arbitraria.[//] Dicha queja carece, pues, de significado constitucional, al haber correspondido el conocimiento de los hechos al Juzgado de lo Penal mediante una razonable interpretación de la legalidad penal y procesal aplicable, que no nos corresponde revisar ni sustituir»(FJ 2)*

2) *Derecho a la tutela judicial.*—Lo anterior, sin embargo, no impide estimar el amparo pues la vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión es manifiesta.

Por lo pronto, el Tribunal Constitucional aclara la posición de NCG y subraya los límites de la *restitutio in integrum* asociada a la responsabilidad

penal: «La causa penal se siguió exclusivamente contra J. G. L. T. como presunto autor de los delitos por los que finalmente fue condenado. En ningún momento se adjudicó a la demandante NCG grado alguno de participación material en los hechos delictivos, como tampoco una responsabilidad civil ex delicto, en cualquiera de sus modalidades [...] Su posición viene así a corresponderse con la del tercero no responsable del delito, a la que este Tribunal se ha referido en alguna ocasión ( SSTC 92/1997, de 8 de mayo o 151/2002, de 15 de julio, si bien en contextos que difieren del aquí examinado) (FJ 5) Y añade: «Conforme al art. 111 CP, la restitutio in integrum por devolución del mismo bien será vía preferente de satisfacción de la responsabilidad civil ex delicto. Ello no obstante, una sólida excepción a esta regla general es la que contempla su apartado segundo, que protege al tercero de buena fe que haya adquirido el bien «en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irrevindicable»; situación en la que el derecho de cualquier perjudicado favorecido civilmente por una sentencia condenatoria de naturaleza penal solamente podrá concretarse en su alternativa indemnizatoria, operando la reparación dineraria como sustitutivo de la fallida recuperación» (FJ 5).

Tras esas declaraciones, como es lógico, el Tribunal Constitucional no entra a valorar si concurren o no en NCG las circunstancias que impiden la restitutio in integrum. Pero sí se pronuncia en cuanto a la necesidad de que, constando en el Registro su derecho como titular hipotecaria y luego como propietaria, se le diera la posibilidad de intervenir en el procedimiento penal. Dice a este propósito la sentencia: «Figuraba [...] la demandante [NCG] como titular de derechos reales –primero hipotecario y luego dominical– sobre la finca de autos, registralmente reconocidos, mientras se iban deduciendo las actuaciones penales. Ello convierte en constitucionalmente relevante su interés en el resultado que pudiera seguirse de contrario en la causa penal [...]. Siendo, asimismo, la publicidad nota característica del Registro de la Propiedad, no revestía especial complejidad el llamamiento de la demandante al proceso penal» (FJ 5). «Nada indica en el supuesto de autos, que NCG pudiera conocer la disposición dominical en escritura privada por parte del acusado, cuya data sería anterior en tan sólo tres días a la firma de la escritura pública de préstamo hipotecario [...]. Del mismo modo, no hay base desde la que inferir un conocimiento extraprocésal en la demandante de ese discurrir simultáneo del proceso penal, que empañe esa apariencia de buena fe» (FJ 5).

En semejante contexto, prosigue, «el reconocimiento de circunstancias favorables a la acusación particular, en su condición de perjudicado penal, no puede deparar efectos inaudita parte respecto de quien, ostentando un título inscrito, no dispuso de posibilidad alguna de alegar y probar en la causa penal, por más que el disponente registral pudiera serlo o no en una realidad extra registral que a aquél le era desconocida» (FJ 5). Por todo ello y a modo de conclusión: «El órgano judicial venía particularmente obligado a promover la presencia procesal de aquellos terceros que, confiando en la verdad registral, pudieran ver perjudicados sus intereses por la estimación de una petición acusatoria que interesaba hacer valer derechos posesorios en conflicto con aquéllos, con el fin de que también pudieran ser oídos en defensa de los suyos propios» (FJ 5).



# 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), Nicolás DÍAZ DE LEZCANO (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Gabriel GARCÍA CANTERO (Universidad de Zaragoza), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Sebastián LÓPEZ MAZA (Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Antonio Ismael RUIZ ARRANZ (Universidad Autónoma de Madrid), Isué VARGAS BRAND (Universidad Autónoma de Madrid)**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

## DERECHO CIVIL

### DERECHO DE LA PERSONA

**1. Derechos en España de los menores extranjeros no acompañados, provistos de pasaporte: doctrina jurisprudencial.**–Esta Sala en sus sentencias de Pleno de 23 y 24 de septiembre de 2014 ha fijado su doctrina jurisprudencial, reiterada por otras dos sentencias de 16 de enero de 2015, de la que resulta en síntesis que el artículo 35.3 de la Ley 4/2000 de 11 de enero,

sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por LO 2/2009, de 11 de diciembre, y los artículos 6 y 190 del Reglamento de Extranjería deben ser interpretados en el sentido de que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprende su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de uno de esos documentos legalmente expedidos por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada ni han sido invalidados por ningún organismo competente.

**Criterios para aplicar las pruebas médicas.**—Ya se trate de personas documentadas o indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad, con la precisión de que cualquier duda sobre la minoría de edad, basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor habida cuenta del hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto, como han apuntado distintas Defensorías del pueblo. La emigración provoca, por sí misma, inevitablemente, un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra y se les sitúa en el círculo de los mayores de edad con evidente desprotección en cuanto a los derechos y obligaciones y consiguiente situación de desamparo desde el momento en que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección correspondiente.

Para la Sala, un menor no acompañado, como expresa la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE, es, ante todo, un niño expuesto a un peligro potencial, y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y de la UE en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todo los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas. La misma resolución deplora el carácter inadaptado e intrusivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden resultar traumatizantes, por lo que aconseja otras pruebas distintas, por expertos y profesionales independientes y cualificados, especialmente en el caso de las niñas, las cuales deberán disfrutar del beneficio de la duda.

En el presente caso, el demandante-recurrente cuando compareció ante la policía, disponía de un certificado de nacimiento que, como declara la sentencia recurrida y admite el Ministerio Fiscal, fue expedido con objeto de posibilitarle que pudiera viajar documentado al extranjero, tratándose de un documento oficial que además de acreditar su identidad, también establecía la fecha de su nacimiento, de forma que también acreditaba su minoría de edad (tanto en la fecha en que se personó en dependencias policiales y se acordó su protección como en la fecha en que se dictó la resolución impugnada dejando sin efecto aquélla), pues no cumplía los 18 años hasta 2011. Dicho documento sirvió de base para que se le expidiera pasaporte por parte de la Embajada de Ghana en Madrid, el cual se aportó en el acto de la vista de las medidas cautelares ante el Juzgado de Primera Instancia, y su existencia no se niega ni su validez se impugna, teniendo en cuenta que el Regla-

mento no sólo se refiere al pasaporte sino también a cualquier otro documento equivalente de identidad. Por ello no puede aceptarse que el recurrente fuese un extranjero indocumentado cuya minoría puede ponerse en duda a los efectos de la normativa citada, y menos aún cuando las pruebas a que fue sometido arrojaron el resultado de una edad mínima de 18 años, tan notablemente próxima a la minoría de edad que no podía quedar descartada. En consecuencia, el recurrente debió quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados.

Asumiendo la instancia, procede estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia de primera instancia y estimar íntegramente la demanda en el sentido de declarar que cuando se dictó la resolución ahora impugnada el recurrente era menor de edad, lo que le otorgaba derecho a quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados.

Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: *El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprende su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad. (STS de 23 de mayo de 2015; ha lugar.)* [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar por confirmar y continuar una doctrina jurisprudencial española emanada de la Sala 1.<sup>a</sup> TS, bien perfilada y fundamentada, siendo conforme con anteriores resoluciones del Parlamento europeo, en momentos históricos de agudos contrastes políticos con otros países comunitarios. (G. G. C.)

**2. Derecho de honor frente a libertad de información. Indevida inclusión de datos personales en registro de impagados. Criterios de indemnización.**—De acuerdo a lo establecido en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, sobre la indemnización de daños y perjuicios por la intromisión ilegítima del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, se establece que «[L]a indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a la circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido». De acuerdo a ello, el Tribunal Supremo considera que los daños de naturaleza patrimonial no pueden ser aceptados por ser ajenos a la infracción y vulnerabilidad del honor derivada de la inclusión indebida en un registro de morosos. Por otro lado, los daños morales que se reconozcan por indemnización deberán ser directamente asociados a la inclusión de los datos personales en los registros morosos, es decir, que exista una relación de causalidad entre la inclusión de los datos en los registro de morosos y los daños morales. Para calcular la indemnización de los daños y perjuicios por infracción al derecho al honor, el Tribunal Supremo considera que, en el caso concreto, en primer lugar, la indemnización debe ser calculada

por cada persona a quien se le vulneró el derecho al honor. En segundo lugar, por hacer referencia a la divulgación que ha tenido el hecho vulnerador del derecho al honor, que es la inclusión indebida de los datos de los demandantes en los registros morosos, debe tenerse en cuenta el tiempo prolongado de dicha divulgación. Y, en tercer lugar, que los datos de los demandantes en los registros morosos fueron consultados por terceras entidades.

**Intereses de la indemnización.**—De acuerdo a la jurisprudencia (entre otras, SSTS 20 de diciembre de 2005 y 7 de abril de 2011), se prescinde del alcance dado a la regla «in illiquidis non fit mora» y se atiende al canon de la razonabilidad de la oposición para decidir la procedencia de condenar o no al pago de los intereses y concreción del «dies a quo» del devengo, siendo determinable la certeza de la obligación, aunque se desconozca su cuantía. En el caso de intromisión ilegítima en el derecho al honor por la indebida inclusión de los datos personales en registros de morosos, no presenta problemas la estimación de la existencia de perjuicio, pues el inciso inicial del artículo 9.3 Ley Orgánica /1982 lo presume. Por ello, el Tribunal Supremo considera que su indemnización fijada devenga intereses, calculados al tipo de interés legal, desde la fecha de interposición de la demanda. **(STS de 12 de mayo de 2015; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

**HECHOS.**—Los señores P y R demandan al Banco B a fin de que se declare la intromisión ilegítima del derecho al honor por parte del Banco, por inclusión infundada de los datos de los demandantes en los registros de impagados, condenándose a indemnizar los daños morales y materiales causados, más los intereses legales.

En su sentencia de 16 de noviembre de 2012, el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Sevilla estima la demanda. El Juzgado consideró ilícita la conducta del banco consistente en incluir los datos de los demandantes en registros de morosos, pues el incumplimiento contractual fue decidido unilateralmente por el banco, ya que el contrato de préstamos con los demandantes preveía la posibilidad de acogerse a una cláusula de aplazamiento de las cuotas del préstamo. Sin embargo, el Juzgado consideró la inexistencia causal entre dicha ilicitud de la conducta del banco con la pérdida del patrimonio inmobiliario de los demandantes, que estuvo provocada por el impago de la cuotas del préstamo hipotecario, más no por la inclusión de sus datos en el registro de morosos. Asimismo, el Alto Tribunal consideró que no había causalidad entre la denegación del préstamo inmediato y la situación de insolvencia de los demandantes, que vino determinada por la imposibilidad de afrontar sus deudas. Por consiguiente, el Juzgado reconoce una indemnización equivalente solo al valor correspondiente a la cantidad que ascendía el préstamo inmediato denegado.

En la sentencia del 10 de octubre de 2013, la Audiencia Provincial de Sevilla desestima el recurso de apelación interpuesto por los señores P y R y estima en parte el recurso interpuesto por el banco. En su sentencia, la Audiencia Provincial reduce la cuantía de la indemnización a la mitad. La Audiencia consideró que solo podía concederse indemnización por la intromisión ilegítima en el honor constituida por la inclusión de los datos en los ficheros morosos, no por supuestos incumplimientos contractuales (denegación del préstamo inmediato), que son ajenos a la protección del derecho al honor.

El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto por los señores P y R. El Alto Tribunal incrementa la indemnización, teniendo en cuenta que son dos personas las afectadas, y no una. También, el Tribunal Supremo toma en cuenta el tiempo prolongado que los datos de los demandantes fueron incluidos indebidamente por el banco en los registros de morosos y que dichos datos fueron consultados por terceras entidades. (*I. V. B.*)

**3. Incapacitación total: no procede cuando la persona adolece de un deterioro cognitivo, de leve a moderado: Convenio de Nueva York de 2006.**—Atendiendo a la valoración realizada por el Tribunal de instancia sobre las limitaciones de la persona incapacitada, la Sala aprecia que tales limitaciones no justifican la incapacitación total para la adopción de las medidas de protección que realmente precisa, a la luz de la Convención de Nueva York de 2006. Conforme a las SSTs de 29 de abril de 2009 y 1 de julio de 2014, la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona solo pueden adoptarse como un sistema de protección. Y para que funcionen estos sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre la personalidad. Esto comporta que pueden producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica; y b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello la incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado. Todo ello se traduce en que la incapacitación debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en la graduación de la misma, y, en la medida de lo posible, en la realización de un traje a medida.

De por sí, una demencia senil leve, la falta de movilidad, la sordera y una minusvalía administrativa del 90%, no tienen por qué determinar la incapacitación total de la persona. Justificarán la causa de incapacitación en la medida en que afecten de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, en cuanto impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulen o mermen la voluntad. Y todo ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad, tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades. Si revisamos la situación de la discapacidad de la persona afectada que se contiene en la sentencia recurrida y corrobora la expuesta en la sentencia de primera instancia, y que en ambos casos ha servido para declarar su incapacidad total, se advierte una contradicción, pues podían haberse preservado los espacios de autonomía que se le reconocen, aunque sea en un entorno protegido. No consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista, o en una residencia. El hecho de que carezca de movilidad y necesite de una silla de ruedas, y el que precise de alguien que le cuide para cubrir sus

necesidades personales asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión.

En el plano patrimonial es más claro que al carecer de capacidad de cálculo tiene graves dificultades para administrar sus bienes, lo que, sin embargo, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión sobre a qué destinar sus medios económicos. A este respecto necesite de alguien que administre sus bienes y complemente su capacidad.

La consecuencia de la estimación del motivo de casación no es que asumamos la instancia y resolvamos sobre la capacidad de la incapacitada, pues para ello sería necesario practicar su exploración judicial ante este tribunal. Parece más conveniente, remitir los autos a la Audiencia para que vuelva a resolver teniendo en cuenta lo que acabamos de resolver. **(STS de 13 mayo de 2015; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

NOTA.—La ratificación del Convenio de Nueva York de 2006 ha dado ocasión a revisar la interpretación doctrinal y jurisprudencial del sistema tutelar instaurado en 1983, con un conocido y notable apoyo científico previo. Por otro lado, transcurrido más de un cuarto de siglo, la conocida STS de 29 de abril de 2009 significó, en su momento, un considerable esfuerzo de la Sala 1.<sup>a</sup> por ofrecer una interpretación de aquel sistema en conformidad con el espíritu y la letra del reciente tratado ONUSino. El tiempo ya transcurrido convence al jurista actual de la pervivencia entre nosotros de la doble interpretación de dicho sistema por los Tribunales y Fiscalías de instancia, lo que, probablemente, conducirá a una nueva reforma legal favorecida además por el crecimiento incesante de ese segmento social al que se aplica. En el presente caso la iniciativa procesal corresponde exclusivamente al Ministerio Fiscal, quien al presentar la demanda invoca la nueva terminología internacional, siguiendo las pautas de la STS de 2009. Un hijo de la presunta incapaz se adhiere a la petición fiscal, postulándose como posible tutor (de hecho había tomado previamente la iniciativa de internar a la madre en una residencia y de encargarse de llevarla a consulta médica cuando procediese, mostrando interés en general sobre sus necesidades asistenciales). Se opuso a la demanda la hija, sosteniendo que su madre no sufría incapacidad jurídica, y, en todo caso, de estimarla, que se le designara a ella como tutora. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Picassent, el 4 de junio de 2011, declaró la incapacidad plena y total de la madre, nombrando tutor al hijo. La sección 10.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia resuelve la apelación de la hija por Sentencia de 12 de diciembre de 2013, confirmando la de primera instancia. La Sala 1.<sup>a</sup>, al estimar el recurso de la hija —ahora fundamentado plenamente en la doctrina ONUSina—, devuelve las actuaciones a la Audiencia Provincial para que resuelva según la doctrina extractada. Surge la duda de si el casi quinquenio transcurrido desde que se inició el proceso impedirá de hecho la efectividad, en el caso, de la renovada interpretación de nuestro sistema tutelar. En el caso resuelto por la STS de 17 de julio de 2012, se produjo una encomiable actuación rápida de los órganos judiciales, con resultado eficaz para el interesado (extracto y anotación mía en ADC, 2014, pp. 718-722). Véase también el extracto de la STS de 29 de abril

de 2015, en concreto sobre el *jus nubendi* de los discapacitados, en este núm. de ADC. (G. G. C.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**4. Anulación por vicios del consentimiento de un contrato en cuyo perfeccionamiento interviene un mandatario.**—Cuando quien se dispone a contratar otorga mandato representativo a un tercero para que realice en su nombre la negociación contractual y configure la prestación a contratar, el enjuiciamiento del error ha de realizarse respecto de dicho mandatario. El defecto en el cumplimiento del mandato por parte del mandatario, que no es capaz de explicar a su mandante la naturaleza y características del contrato ni el objeto de éste, constituye una cuestión que afecta a la relación interna entre mandante y mandatario (art. 1718 CC).

**Test de idoneidad en contratación de productos financieros.**—A la vista de la complejidad y especificidad del sector financiero de la contratación, el hecho de que un cliente tenga la condición de empresario no significa, por sí solo, que posea conocimientos concretos en el ámbito inherente a la inversión. Ahora bien, la caracterización legal de un cliente como minorista no es obstáculo a que, a la hora de evaluar la adecuación del producto financiero ofrecido y la suficiencia de la información suministrada, sus conocimientos y experiencia sean tenidos en cuenta. Dentro del marco del deber de información adecuada al cliente minorista contratante de productos financieros, resultan infundadas las pretensiones de anulación por vicio en el consentimiento, cuando dicho contratante —pese a tener la consideración legal de minorista— ostenta el perfil de inversor especializado, de tal suerte que la información que se le suministra, pese a que pudiera no ser suficiente para un inversor inexperto, sí lo es para él, por tener experiencia y conocimientos financieros.

**Responsabilidad por incumplimiento de un contrato de asesoramiento en materia de inversión.**—No hay incumplimiento de los deberes impuestos por el artículo 79 bis Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (vigente hasta el 13 de noviembre de 2015) a las empresas que realizan labores de asesoramiento sobre servicios de inversión e instrumentos financiero, cuando el producto adquirido no responde a una oferta por parte de la entidad financiera de uno de los productos que comercializa ni a un consejo de dicha entidad, sino a una petición expresa del cliente. En ese caso, a la entidad comisionista no le queda otra alternativa distinta a la de dar cumplimiento a la comisión aceptada, conforme a las instrucciones proveídas por el comitente, a fin de no incurrir en incumplimiento del contrato (STS de 18 de abril de 2013). (STS de 23 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

**HECHOS.**—Doña Nicolasa interpuso demanda interesando que se declarase la nulidad, por error vicio del consentimiento, de la orden de compra de veinte bonos de Lehman Brothers, que habían sido adquiridos por Altae S. A., en el marco de un contrato de gestión asesorada del patrimonio. Como consecuencia de la pretensión de anulación, interesaba que le fuera reintegrado el millón de euros invertido. Subsidiariamente, doña Nicolasa interesaba que se decla-

rase el incumplimiento de las obligaciones de información, por parte de Altae, en el marco de la relación contractual de gestión asesorada del patrimonio; y se le indemnizara en el millón de euros invertidos.

Los bonos estructurados objeto de compra no constituían un producto financiero preestablecido ni comercializado de manera generalizada por Altae. El producto respondía más bien a una petición expresa de doña Nicolasa, siguiendo las concretas y específicas instrucciones de ésta, que facilitó incluso las características de otro producto muy similar ofertado por la competencia (BNP) para que Altae lo copiara. En el producto financiero demandado era necesaria la intervención de un banco de inversiones que actuara como soporte de la estructura, por medio de la emisión de un bono que sería el objeto de la contratación: «bono estructurado autocancelable semestral BBVA, SAN, TCAN». El capital de este producto estructurado es el que fue invertido por Altae en comprar los veinte bonos de Lehman Brothers. Por este motivo, el producto financiero finalmente adquirido era el resultado de una fase prolongada precontractual. En ningún momento de las conversaciones se consideró relevante la figura del emisor y/o garante, más allá de la exigencia implícita de que fuera una entidad solvente, de modo que la inversión tuviese un riesgo moderado, como deseaba el cliente.

Hay que advertir que doña Nicolasa nunca tuvo trato directo con Altae en la fase precontractual, sino que fue su hijo don Gustavo quien, en virtud del mandato conferido por su madre, controló en todo momento el devenir de la situación en lo relativo a la emisión de la voluntad para contratar el producto financiero y en el modo de afrontar semejante inversión.

El problema surge cuando Lehman Brothers quiebra a los pocos meses de efectuar la inversión. En la orden de suscripción irrevocable Lehman Brothers no figuraba como emisor y garante del producto, pero sí lo hacía en el contrato firmado semanas después. La demandante esgrimía su desconocimiento de la identidad del banco emisor y garante.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pues no consideró verosímil que don Gustavo desconociese la entidad del banco emisor del bono estructurado cuando se suscribió el contrato de compra. Para el Juzgado, la intervención de Lehman Brothers como emisor y garante no influyó en la voluntad negocial de la parte demandante.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandante. Para la Audiencia, si la intervención de Lehman Brothers se hubiera desviado de lo acordado, la demandante podía haberse negado a firmar el contrato y exigir que quedase sin efecto la orden dada desde el momento en que conoció ese dato, cosa que no hizo. También rechaza la Audiencia que Altae actuase negligentemente en el cumplimiento de su labor de asesoramiento al recomendar el producto de una entidad cuya inminente quiebra debía haber previsto en el momento de la firma del contrato.

NOTA.—Respecto a la pretensión de doña Nicolasa de ser indemnizada por los daños y perjuicios causados por la alegada negligencia de Altae en el cumplimiento de sus obligaciones de información derivadas del contrato de asesoramiento en materia de

inversión, la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo no se pronuncia, como sí lo hace la Audiencia Provincial, sobre la previsibilidad de la quiebra de Lehman Brothers, que termina por causar un daño material. Habría sido interesante que la Sala 1.<sup>a</sup> le hubiese dedicado algunas líneas a la cuestión de si, en un caso como el presente, la regla de la previsibilidad (art. 1107 CC) permite indemnizar daños derivados del incumplimiento de un contrato de asesoramiento en inversiones. Es decir, bajo qué condiciones los daños eventualmente provocados por el incumplimiento caerían dentro del fin de protección del contrato. Es esta una cuestión ampliamente tratada por la jurisprudencia del BGH (Tribunal Supremo alemán), que suele diferenciar entre si el asesoramiento se orientaba a una cuestión en concreto o si se trataba de un asesoramiento en términos amplios sobre todo riesgo y oportunidad latente. En el primer caso, sólo la cuestión objeto de asesoramiento queda dentro del fin de protección del contrato, sin que de ello dependa si el perjudicado, caso de haber tenido un adecuado conocimiento del completo plan de inversión proyectado, hubiese renunciado a efectuar la inversión o no. Hay que advertir que el defecto de información apropiada sobre un proyecto de inversión no implica *per se* la irrogación de un daño, pues la inversión puede revelarse igualmente provechosa o perjudicial. Por este motivo, no conviene descargar al inversor, a través del Derecho, de riesgos que sólo él tiene que soportar [*Vid.* LANGE, H., y SCHIEMANN, G., *Schadenersatz*, 3 Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2003, pp. 108-109]. (A. I. R. A.)

**5. Régimen de los contratos integrados por condiciones generales de la contratación concertados con quien no ostenta la condición legal de consumidor o usuario.**—El régimen de nulidad de las condiciones generales de la contratación es diferente según si, en el contrato donde se integren, se haya celebrado o no con un consumidor. Cuando el adherente no merece la calificación legal de consumidor (art. 3 TRLGDCU) únicamente resulta de aplicación la regla contenida en el artículo 8.1 LCGC, que se limita a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva (art. 1.255 CC); no resulta de aplicación entonces el régimen de nulidad por abusividad previsto para contratos concertados con consumidores (arts. 3.1 Directiva 1993/13/CEE y 82 TRLGDCU). Por consiguiente, las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor, cuando reúnen los requisitos de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC), tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas (SSTS de 10 de marzo, 7 de abril y 28 de mayo de 2014).

**Buena fe y nulidad de condiciones generales de la contratación.**—Con base en el artículo 1.258 CC, que contiene la regla de integración del contrato relativa a la buena fe, no puede pretenderse que se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que, en su caso, puedan determinar la nulidad total del contrato.

**Aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a negocios especulativos.**—Ante compras claramente especulativas, a la posibilidad de obtención de una ganancia rápida y sustancial se corresponde lógicamente un riesgo elevado de que se produzca un movimiento inverso en el mercado. En conse-

cuencia, un inversor no puede ampararse en la doctrina *rebus sic stantibus* para quedar inmune a la actualización de semejante riesgo. Si así se permitiese, se estarían trasladando las consecuencias negativas derivadas del acaecimiento de tal riesgo a la otra parte contratante. Con estas consecuencias es el inversor quien tiene que pechar. Un aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* en otros términos sería contraria a la buena fe, que es uno de los pilares en los que la misma debe apoyarse (art. 1.258 CC; SSTs de 21 de mayo de 2009 y 30 de abril de 2014). (STS de 30 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Una Promotora suscribe, el 26 de mayo de 2006, un contrato privado de compraventa sobre unos inmuebles con don Cirilio. Con fecha 10 de noviembre de 2009, la Promotora interpone demanda contra don Cirilio en la que solicita que se declare la validez y eficacia del contrato de compraventa suscrito y se condene a don Cirilio a cumplirlo, pagando la parte del precio pendiente de pago, los intereses de demora fijados en el contrato, los gastos e impuestos del inmueble desde que lo puso a disposición del demandado, los gastos derivados del préstamo hipotecario desde la negativa al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, y al otorgamiento de dicha escritura. don Cirilio se opone a la demanda y formula reconvencción en la que solicita que se declare la nulidad de pleno Derecho del contrato por contener cláusulas abusivas y se condene a la Promotora a restituirle las cantidades entregadas a cuenta. Subsidiariamente, don Cirilio interesa la revisión del contrato de compraventa, en atención a la alteración extraordinaria de las circunstancias habidas en el momento de perfeccionarse el contrato.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvencción. Entiende el Juez que el contrato concertado era un contrato de adhesión, integrado por condiciones generales de la contratación, en el que no constaba fecha de finalización de la obra y entrega de la vivienda, por lo que el contrato carecía de un elemento esencial y se producía la nulidad por contrariedad a normas imperativas. Además consideró que se había producido alteración sobrevenida de las circunstancias en materia de financiación. La Promotora interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial dicta sentencia estimando dicho recurso. A su entender, don Cirilio no era un consumidor pues desarrollaba actividad comercial inmobiliaria habitualmente ni se había producido un incumplimiento esencial en cuanto a la fecha de entrega. don Cirilio interpone, frente a esa sentencia, recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

NOTA.—En este caso, el empresario contrató en el sector que constituía el giro de su actividad económica (la compra de viviendas sobre plano para revenderlas cuando su precio subiera). Hay que advertir, sin embargo, que algunas sentencias de Audiencias Provinciales han permitido la posibilidad de aplicar el control de contenido a contratos entre empresarios. Así, la SAP Huelva de 21 de marzo de 2014 señala que «si bien es cierto que el profesional o empresario por su propia naturaleza, no se encuentra en una situación de inferioridad negocial en la generalidad de los casos, ya que dispone de

preparación técnica o de recursos para hacer valer sus derechos, no lo es menos que en determinados ámbitos su profesionalidad no es suficiente para garantizar la defensa de sus derechos, tal es el caso del régimen legal de las condiciones generales de la contratación, aplicable siempre que estemos ante cláusulas predispuestas por un profesional, y no solamente cuando la contraparte sea un consumidor en el sentido dispuesto por el TRLGDCU. No cabe otra manera de entender la legislación de protección del consumidor, sin que ello suponga una inferencia no deseada por el legislador en la libertad contractual que constituye el principio básico de la contratación, por ello no nos referimos al derecho de los consumidores como rama autónoma de nuestro ordenamiento, sino como conjunto de normas que actúan donde es necesario proteger a la parte más débil del contrato». Esta sentencia, en contraposición a la sentencia objeto del extracto, cita el preámbulo de la LCGC, según el cual «nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios». Con ello, defiende que el control de las condiciones generales de la contratación encuentra en la buena fe su principal escudo y, con ello, la existencia de abuso de posición dominante del banco para con el empresario.

En similar sentido se pronunció la SAP Cáceres de 3 de junio de 2013 cuando apunta que «la cláusula suelo debe reunir los mismos requisitos de incorporación y transparencia que se exigen para cualquier condición general, aunque se emplee en la negociación entre profesionales (arts. 5 y 7 LCGC)». Tanto frente a la SAP Huelva de 21 de marzo de 2014 como frente a la SAP Cáceres de 3 de junio de 2013 se han interpuesto sendos recursos de casación (núm. 1531/2014 y núm. 1735/2013, respectivamente), que han sido admitidos a trámite y están aún pendiente de resolución. Por otro lado, el artículo 430-3 II Anteproyecto Código Mercantil establece que «carece de eficacia aquella cláusula integrada en condiciones generales cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que ésta la acepte expresamente». Así, si una cláusula fuera sorpresiva, podría ser declarada ilícita.

La consideración a los riesgos asignados al cumplimiento del contrato constituye un criterio que se hace eco de la doctrina normativa del análisis económico del derecho, según la cual, debe estarse a la asignación *ex ante* de los riesgos contractuales realizada por las partes en el momento de la perfección del contrato. Este criterio se aprecia en el art. 6.2.2.d Principios UNIDROIT y es una de las reglas incluidas en el artículo 1.213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil, donde se aprecia, a su vez, la influencia del Código Civil alemán en cuyo parágrafo 313.1 se hace referencia a la «distribución contractual o legal de los riesgos conectada a la eventual desaparición de la base del negocio» (*vid.* SALVADOR CODERCH, P., «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, 4/2009).

Karl Larenz razona en el mismo sentido en que lo hace el Tribunal Supremo respecto al principio de la buena fe cuando subraya lo problemático de interpretar equivocadamente este principio como remisión a una pura jurisprudencia de equidad, y advierte: «Cualquiera que concluye un contrato de tracto sucesivo asume un riesgo seguro. Ya sea a través de una elevación imprevista de los precios o de los salarios, de los fletes o de los impuestos, o mediante una repentina disminución de la demanda o circunstancias análogas puede un contrato, que al principio pareciera ventajoso, volverse altamente perjudicial para una u otra parte contratante. De este, que pudiera denominarse, riesgo normal del contrato no puede liberarse a nadie, sin hacer desaparecer, a la vez, toda seguridad contractual» (LARENZ, K., *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, C. H. Beck, München und Berlin, 1951, p. 111). (A. I. R. A.)

**6. Condiciones generales de contratación. Cláusula suelo en préstamo hipotecario. Configuración legal. La consideración de las cláusulas suelos como condiciones generales de la contratación.**—Los requisitos para que una cláusula sea considerada como condición general de la contratación son: i) Contractualidad, esto es, que haya sido redactada para ser incorporada a un contrato; ii) Predisposición, siendo indiferente que su autor sea el empresario o profesional que lo utiliza en la contratación o un tercero; iii) Imposición, porque la incorporación de la condición general al contrato se haya producido por obra exclusivamente de uno de los contratantes, el empresario o profesional; iv) Generalidad, por estar destinada a una pluralidad de contratos. Es claro que la cláusula suelo está incorporada a un contrato, respecto del segundo requisito, el de la predisposición, no existe realmente objeción sobre su concurrencia. Respecto al tercer requisito, hay «imposición» de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el artículo 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente. El cuarto requisito, de la generalidad, resulta notorio que este tipo de cláusulas son utilizadas de modo general por las empresas y profesionales de estos sectores de la contratación. No es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores. Pueden existir varios modelos de cláusulas que se utilicen en los diversos contratos, por variadas razones.

**La existencia de una regulación sectorial de la contratación bancaria no excluye el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran los contratos bancarios celebrados con consumidores.**—La existencia de esa normativa sectorial solo puede significar la existencia de unos requisitos añadidos a los establecidos con carácter general en la contratación con los consumidores mediante cláusulas no negociadas, cuando tal contratación se realiza en el sector bancario. Pero dicha normativa no exige que en los contratos de préstamo hipotecario se incluyan cláusulas suelo ni que se incluyan con esa concreta redacción; no excluye, que se facilite otra informa-

ción más adecuada al cliente (o que la información facilitada lo sea de una manera más adecuada), ni que su simple observancia pueda excluir la abusividad de la cláusula por falta de transparencia (STS de 9 de mayo de 2013).

**Las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pierden por ello su carácter de condiciones generales de la contratación.**—Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la LCGC y el TRLCU.

**El control de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato.**—El hecho de que una condición general defina el objeto principal del contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones, no obsta a que el sistema las someta al doble control de transparencia. Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el artículo 5.5 LCGC. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá.

**Los efectos restitutorios de la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelen producirse a partir de la fecha de la STS de 9 de mayo de 2013.**—A partir de la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelen insertarse en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información. Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada. (STS de 29 de abril de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

**HECHOS.**—La parte actora ejerció demanda contra una entidad de crédito instando la declaración de nulidad de la cláusula suelo, contenida en un contrato de préstamo a interés variable, por tener carácter de abusiva. Además, solicitaba la devolución de las cantidades percibidas como consecuencia de su aplicación El

Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por considerar que las cláusulas suelos son lícitas y que la demandante la conoció y consintió. La Audiencia Provincial estima el recurso y consideró que la cláusula era nula por falta de equilibrio y proporcionalidad, pues la entidad bancaria sabía, desde que predispuso la cláusula suelo, que la misma entraría en funcionamiento sin duda alguna, y revistió de falso ropaje recíproco dicha cláusula con el establecimiento de un „techo« completamente irreal. El Tribunal Supremo estima el motivo del recurso casación en lo referente a la nulidad de la cláusula suelo por falta de equilibrio y proporcionalidad pero declara su nulidad por falta de transparencia.

NOTA.—La sentencia vuelve a reproducir la argumentación ya utilizada en las SSTs de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015 para fundamentar la limitación de los efectos retroactivos de la declaración nulidad de la cláusula suelo, de forma que se impide que los consumidores puedan reclamar el dinero abonado con anterioridad a la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013. El carácter irretroactivo de los efectos restitutorios de dicha declaración de nulidad suscita una gran polémica entre la doctrina y la jurisprudencia de las Audiencias. Esta discrepancia jurídica se hace patente en las SSTs de 25 de marzo y 29 de abril de 2015 en las que el Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno formula votos particulares defendiendo la eficacia retroactiva. Sobre dicho particular también se han planteado diversas cuestiones prejudiciales antes el TJUE, por ejemplo el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada interpuso una cuestión prejudicial ante el TJUE (C-154/15) en la que pregunta si el cese en el uso que pudiera decretarse de una determinada cláusula en una acción individual ejercitada por un consumidor cuando se declare su nulidad: ¿Es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad? ¿Es posible moderar (por los tribunales) la devolución de las cantidades que haya pagado el consumidor —a que esté obligado el profesional en aplicación de la cláusula, posteriormente declarada nula desde el origen, por defecto de información y/o transparencia? A la espera de la resolución de la cuestión prejudicial por el TJUE, el TS ha dictado el Auto de 12 de abril de 2016 por el que se suspende la tramitación de un recurso de casación directamente relacionado con la cuestión prejudicial planteada. (C. O. M.)

**7. Contratos. Relación negocial compleja. Alcance de la prestación de mediación como obligación de resultado.**—El Alto Tribunal considera que la valoración del cumplimiento obligacional debe hacerse en atención a la calificación que se le dé a la prestación de mediación programada, es decir, si es de mera actividad o de resultado. En relación a la perfección del encargo y, en su caso, el éxito de la mediación, debe atenderse principalmente al propósito negocial buscado por las partes como criterio preferente de interpretación, y de forma complementaria a los usos y costumbres que resulten de la aplicación. De acuerdo a la jurisprudencia (STS 8 de marzo de 2013), aunque el contrato de obra —que caracteriza a la obligaciones de resultado— no haya formado parte de la referencia básica que acompañó a la configuración del contrato de mediación, su incidencia resulta clara en aquellos supuestos donde la actividad del mediador debe determinar la existencia de un marco negocial que posibilite la

finalidad adquisitiva querida por el oferente. En el caso concreto, el Tribunal Supremo consideró que el alcance de la gestión encomendada al mediador, como presupuesto de su derecho a recibir la retribución, quedó configurada en orden a la facilitación u obtención de un resultado especialmente resaltado por el comitente, por lo que el alcance de dicha gestión de mediación comprometida debe calificarse de resultado, y no de mera actividad.

**Interpretación sistemática del entramado contractual.**—Respecto al primer párrafo del artículo 1281 CC que establece que «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas.», el Tribunal Supremo considera que conforme a la interpretación unitaria de dicho precepto y el carácter instrumental (y, por tanto, no excluyente) que debe predicarse del criterio gramatical en el seno del proceso interpretativo (STS 29 de enero de 2015), la interpretación a la hora de calificar el alcance de la mediación negocial, debe atender tanto a la base o propósito del complejo negocial, como a la interpretación sistemática de la respectiva reglamentación contractual que configura el alcance de la prestación de mediación comprometida (STS 26 de marzo de 2013). **(STS de 20 de mayo de 2015; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La empresa F demanda al señor N por incumplimiento contractual, por no haber conseguido los suelos a los que se había comprometido en virtud del Acuerdo de Socios suscrito, ni haber podido sustituirlos. La adquisición del suelo tenía como finalidad la construcción y promoción de 2000 viviendas.

En su sentencia de 30 de septiembre de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid estima la demanda. El Juzgado declaró el incumplimiento contractual por parte del señor N, al no conseguir los suelos a los que se había comprometido en virtud del Acuerdo de Socios suscrito, ni haber podido sustituirlos.

La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia del 20 de diciembre de 2012, desestima el recurso de apelación interpuesto por el señor N y confirma íntegramente la resolución de la primera instancia. En su sentencia, la Audiencia Provincial dice que se trata de un contrato atípico y complejo, integrado por distintas figuras y que hace recaer sobre el demandado la obligación de gestionar y tramitar la adquisición del suelo. La Audiencia considera que la obligación del señor N no es la propia de un arrendamiento de servicios, sino de un arrendamiento de obra, en cuanto entraña y compromete la consecución de un resultado, consistente en la adquisición de un determinado volumen de edificabilidad y con un límite máximo de precio.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el señor N. Para el Alto Tribunal, de la correlación causal de los acuerdos suscritos, no cabe duda que los objetivos generales y acuerdos de intenciones que informan la relación de mediación quedan configurados en atención a la adquisición del suelo edificable, resultado que no se vio conseguido por la mediación realizada, dado que el mediador no consiguió facilitar al comitente la operación adquisitiva comprometida.

NOTA.—Esta sentencia tiene contenido procesal, que se abordó a través del recurso extraordinario de infracción procesal, también desestimado por el Tribunal Supremo. En dicho recurso se trataron

los siguientes temas: aplicación del Derecho extranjero, valoración de la prueba en recurso extraordinario e incongruencia omisiva (ex. art. 215.2 LEC). (I. V. B.)

**8. Imposibilidad sobrevenida de la prestación por caso fortuito o fuerza mayor. Deuda pecuniaria: su naturaleza de obligación genérica hace imposible que se le pueda aplicar esta causa de extinción de las obligaciones.**—La doctrina otorga a las deudas pecuniarias una fisonomía jurídica especial, en la que destaca la denominada *perpetuatio obligationis* en el sistema de riesgos, consecuencia de lo cual se niega la imposibilidad del cumplimiento. En tal sentido, no se les puede aplicar a las deudas de dinero la imposibilidad sobrevenida de la prestación, por tratarse de una obligación genérica al existir siempre el dinero como tal. Se trata de la obligación genérica por excelencia pues el género nunca perece, y de ahí que la imposibilidad sobrevenida no extinga aquélla. A diferencia de la obligación de dar cosa determinada (art. 1.182 CC), o de hacer algo concreto (art. 1.184 CC), en las que el perecimiento de la cosa o la imposibilidad física o legal de llevar a cabo lo prometido, cuando obedecen a caso fortuito, pueden llevar aparejada la extinción de la obligación, tratándose de deuda pecuniaria el deudor viene obligado a cumplir la prestación principal, sin que sus sobrevenidas adversidades económicas le liberen de ello, pues lo adeudado no es algo individualizado que ha perecido, sino algo genérico como es el dinero.

**Imposibilidad sobrevenida de la obligación y cláusula *rebus sic stantibus*. Diferencias.**—Es necesario diferenciar entre la imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación, que solo afecta a las obligaciones de entregar una cosa determinada o de hacer, pero no a las deudas pecuniarias, de los supuestos en que la prestación resultase exorbitante o excesivamente onerosa, con encaje en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, que opera con independencia de cuál sea el contenido de la prestación pactada. (STS de 19 de mayo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruíz.]

HECHOS.—La promotora L, S. L. demandó a doña J. para que se le condenara al cumplimiento de contrato de compraventa de una vivienda y, por ende, al pago de unos 700.000 € más intereses, en concepto de precio del inmueble. La demandada opuso la imposibilidad sobrevenida de cumplir con lo acordado, debido a una causa de fuerza mayor, imprevisible e inevitable, ya que habiendo suscrito el contrato inicialmente tanto ella como su esposo, éste —que era la única fuente de ingresos de la familia— falleció tiempo después. Esta circunstancia, junto con la necesidad de cuidar de sus tres hijos de corta edad y de atender numerosas deudas de los negocios de su difunto marido, le impedían hacer frente a los pagos exigidos por la vendedora; ofreciendo en contrapartida la resolución del contrato y que la promotora se quedara en su beneficio las cantidades ya entregadas a cuenta de la operación. El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión y consideró que la alteración de la situación económica de la demandada no era sustancial como para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*. La Audiencia Provincial de La Rioja desestimó el recurso de apelación, pero decidiendo en consideración a la alegada imposibilidad sobrevenida de la prestación, para entender que los acontecimientos aducidos por la demandada no revestían

el carácter de excepcionales e imprevisibles que impidiesen o dificultasen extraordinariamente el cumplimiento del contrato. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La decisión del Alto Tribunal sigue, en esencia, el criterio que tradicionalmente ha mantenido la doctrina en esta materia, en el sentido de considerar que el deudor de una obligación genérica no se ve liberado, aun cuando el cumplimiento de esa obligación conlleve una gran dificultad; dificultad que tampoco sería óbice para que se le considere constituido en mora, aunque ésta no es una opinión unánime [v. CAFFARENA LAPORTA, J., «*Genus nunquam perit*», ADC n.º 35-2 (1982), pp. 291 y ss]. Pero tratándose de una deuda de dinero, la obligación no puede nunca resultar imposible. En realidad no se trataría de una mecánica aplicación de las reglas de las obligaciones genéricas, sino de la idea central de la intrascendencia o indiferencia de los medios solutorios, siempre que posean el valor fijado (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 6.ª ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2012, p. 336). La respuesta de nuestro Derecho en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación es conforme también con las disposiciones de los más importantes instrumentos de armonización del Derecho civil (art. III-1:110 DCFR, art. 6:111 PECL, art. 6.2.1-6.2.3 UNIDROIT, art. 89 CESL), que no relevan al deudor de su obligación de cumplimiento por el mero cambio de circunstancias que hagan más onerosa su posición, sino que exigen para que la imposibilidad sobrevenida opere con efectos liberatorios la objetiva imprevisibilidad del cambio y sobre todo que razonablemente no pueda esperarse que el deudor haya asumido el riesgo de tales modificaciones de las circunstancias. (I. D.-L.)

**9. Garantía a favor de tercero. Constitución a título oneroso: presunción.**—La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero.

**Concurso de acreedores. Garantía a favor de tercero: presunción de perjuicio para la masa.**—La garantía aunque sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en los supuestos del artículo 71.3.1 LC, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario. El perjuicio, como sacrificio patrimonial injustificado ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de retribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía. No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto.

**Concurso de acreedores. Relación de sujetos vinculados al deudor por relación especial: *numerus clausus*.**—La Ley Concursal incluye una

relación de sujetos que se encuentran vinculados por una relación especial al deudor, sea éste una persona natural (art. 93.1 LC) o una persona jurídica (art. 93.2 LC). La enumeración, tanto en uno u otro supuesto, es taxativa y cerrada, introduciendo presunciones *iuris et de iure*, de modo que cualquier sujeto incluido en la relación tendrá la consideración de persona especialmente relacionada; pero, del mismo modo, un sujeto no incluido en la relación no tendrá esta condición de persona especialmente relacionada con el deudor, pues la lista está limitada a los sujetos allí relacionados de forma inalterable, como único recurso para alcanzar un alto grado de rigor y de seguridad jurídica, evitando conceptos jurídicos indeterminados y, dado el carácter excepcional del precepto por sus consecuencias jurídicas que entraña la subordinación de los créditos, no caben interpretaciones analógicas. (STS de 3 de junio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.—La administración concursal de don T. y doña C., al amparo del artículo 71 LC ejerció una acción de reintegración solicitando que se declarara la ineficacia de la fianza prestada por los concursados, los cónyuges T. y C., a la mercantil P. P., S. L. respecto del préstamo concedido a dicha sociedad por la entidad financiera S. N. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Palma de Mallorca estimó la demanda y declaró rescindida la fianza prestada por los consortes T. y C., concursados, a P. P., S. L. frente a la entidad financiera S. N. en la póliza de préstamo concedida a la sociedad, entendiendo que la fianza representa un acto perjudicial para los acreedores de los concursados en la medida en que determina una eventual disminución del patrimonio de los deudores, y del supuesto de autos no resulta que la fianza fuera onerosa ni que de ella resultara un beneficio para los concursados. Recurrida en apelación por la representación procesal de la entidad financiera S. N., la Sección Quinta de Audiencia Provincial de Palma de Mallorca revocó la sentencia del Juzgado de lo Mercantil y no dio lugar a la acción rescisoria respecto de la fianza prestada por don T. en relación al préstamo concedido por la entidad financiera S. N., pero dio por rescindida la fianza prestada por doña C. al no haber sido combatida en el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—El apartado 4 del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, *de medidas urgentes en materia concursal* modifica la relación de sujetos prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 93 LC para hacer un listado más amplio de personas especialmente vinculadas con el deudor, destacando la consideración de que cuando los socios sean personas naturales se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios. (N. D. L.)

**10. Rescisión de actos perjudiciales para la masa del concurso en atención a su carácter gratuito y oneroso respectivamente.**—Una contragarantía (contra-aval) de un préstamo, prestada por el concursado coetáneamente con el nacimiento del crédito, no constituye un acto realizado a título gratuito, que permita aplicar la presunción *iuris et de iure* del artículo 71.2 LC, toda

vez que el acreedor del préstamo se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal. La constitución de una garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado ha de entenderse correspondiente a la concesión de éste, y por tanto onerosa.

Una contragarantía, como la descrita, no constituye tampoco un acto de disposición rescindible realizado a título oneroso, a favor de una de las personas especialmente relacionadas con el concursado, susceptible de provocar un perjuicio patrimonial (art.71.3.1.º LC), cuando el objeto del préstamo garantizado consiste en dotar de liquidez a una persona jurídica mayoritariamente participada por quien lo garantiza, y relacionada con la actividad profesional del concursado. El préstamo sería entonces un medio de obtener ingresos superiores para el patrimonio del concursado.

**Personas especialmente relacionadas con el concursado.**—Las únicas personas especialmente relacionadas con el concursado, sea éste una persona natural o jurídica, son las mencionadas en el artículo 93 LC. La enumeración contenida en este precepto es taxativa y cerrada, introduciendo presunciones *iuris et de iure*, de modo que cualquier sujeto no incluido en el precepto no tendrá la condición de persona especialmente relacionada con el deudor concursado. La lista consignada en el artículo 93 LC está limitada a los sujetos allí relacionados de forma inalterable, como único recurso para alcanzar un alto grado de rigor y de seguridad jurídica, evitando conceptos jurídicos indeterminados. No caben, en definitiva, interpretaciones analógicas que permitan extender a otros sujetos distintos la condición de persona especialmente relacionado con el concursado. (STS de 2 de junio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.—El litigio se enmarca dentro del contexto del concurso de acreedores de don Amadero, persona física, que a su vez era socio único y administrador de Uco S. L. don Amadeo era médico y el objeto social de Uco S. L. se proyectaba sobre la actividad médica. don Amadeo había prestado un contra-aval en favor de una sociedad de garantía recíproca, que, a su vez, había afianzado un préstamo de 580.000 euros concedido a Uco S. L. por la Caja de Ahorros de Baleares. Declarado el concurso, la Administración Concursal de don Amadeo interpone demanda de incidente concursal en ejercicio de una acción de reintegración de la masa activa (art.71 LC), al entender que el antedicho contra-aval constituía un acto rescindible por tratarse de un acto perjudicial para la masa activa realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. La Administración Concursal, alegaba en su demanda que el contra-aval suponía un acto de disposición a título gratuito y, con carácter subsidiario, que el aval era un acto oneroso realizado a favor de persona especialmente relacionada con el concursado.

A la demanda de incidente concursal se allanan don Amadeo y Uco S. L., mientras que la sociedad de garantía recíproca se opone. Esta sociedad esgrimía que no se puede pretender declarar que el contra-aval es un acto gratuito, pues Uco había requerido la fianza de esta sociedad, a la vez que se prestó el contra-aval por don Amadeo a favor de esta última.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda incidental y declaró la rescisión de la fianza prestada por el concursado, don

Amadeo, frente a la sociedad de garantía recíproca. La Audiencia Provincial, por el contrario, estimó el recurso de apelación interpuesto por esta sociedad. Para la Audiencia, la garantía prestada por don Amadeo a favor de la sociedad de garantía recíproca tenía un evidente interés económico, por haber existido una real reciprocidad de intereses. Frente a esta resolución, la Administración Concursal de don Amadeo interpone sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. (A. I. R. A.)

**11. Ilícitud de los móviles perseguidos por el mandatario y nulidad de la causa.**—Los móviles espurios e incluso delictivos que individualmente pueda tener el mandatario al celebrar contratos en nombre y representación de su mandante no pueden elevarse a la categoría de causa ilícita ni pueden determinar la nulidad de los contratos, en tanto que tales móviles no han sido compartidos o al menos aceptados por las otras partes de los contratos celebrados.

**Abuso del poder de representación y protección de terceros.**—El empleo, por parte del apoderado, de las facultades concedidas por el poderdante para su propio enriquecimiento tiene relevancia en la relación interna subyacente entre mandatario y mandante, a efectos de que el mandante pueda exigir la rendición de cuentas y la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido derivarse de una conducta ilícita del mandatario. Sin embargo, el empleo de las facultades de forma espuria por el mandante no puede perjudicar a terceros que, sin estar confabulados con el mandatario, contrataron con éste como representante de su mandante y sobre la base de la confianza en las facultades que le han sido conferidas.

**Alineación del poderdante en la posición del apoderado y abuso de derecho en el ejercicio de la facultad de autocontratación.**—No existe autocontratación propiamente dicha, cuando apoderado y poderdante se sitúan en una de las posiciones contractuales, dentro de un contrato bilateral, mientras que en la otra posición contractual se sitúa un tercero ajeno a la relación de mandato representativo. Aunque en tales supuestos pueda darse un cierto conflicto de intereses entre representante y representado, porque los representados ignoren, por ejemplo, que el contrato ha sido concertado en su nombre, la existencia de ese conflicto y de ese abuso de derecho por el representante no puede determinar la nulidad del contrato celebrado. En ese caso, la parte situada en la otra posición contractual resulta ajena tanto al conflicto de intereses como a la conducta abusiva del representante, y no puede verse perjudicada por un hecho que únicamente afecta a la relación interna entre poderdante y apoderado.

**Vinculación del poderdante a las obligaciones contraídas por el apoderado en su nombre y representación dentro de los límites del mandato.**—Hay que distinguir el contrato de mandato propiamente dicho, en el que las instrucciones del mandante (art. 1719 CC) son decisivas en las relaciones entre mandante y mandatario a efectos de evaluar un eventual incumplimiento contractual, del poder de representación ante terceros. Frente a los terceros son decisivos los criterios externos, como las facultades otorgadas al apoderado en el documento notarial de apoderamiento. El poderdante que confiere facultades muy amplias al apoderado para contratar en su nombre no puede escudarse después, frente a terceros, en las instrucciones que había concedido al mandatario, a fin de desvincularse de los contratos concertados en su

nombre y representación (art. 1727 CC). (**STS de 10 de junio de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Doña Maribel, don Juan, doña Adelina y doña Pilar otorgaron un poder de representación a Don Pío (hijo de los primeros y hermano de las dos últimas). Don Pío utilizó el poder de representación concedido en términos muy amplios, que incluía la facultad de autocontratación, para celebrar determinados contratos de crédito, préstamo con entidades bancarias, y de compraventa garantizada con hipoteca. Los poderdantes interponen demanda contra su apoderado y familiar, frente a tres particulares con quienes había contratado, y frente a tres entidades bancarias. Con todos ellos, don Pío contrató haciendo uso del poder de representación. En la demanda interesaban que se declarase la nulidad de los negocios jurídicos concertados a través de dicho poder, por ser su causa ilícita, ya que, a su juicio, el apoderado los celebró con la intención de dañar y perjudicar a sus poderdantes, y por autocontratación en la que concurría un conflicto de intereses con manifiesto abuso de derecho. Solicitaban, a su vez, que se reintegrara al patrimonio de los poderdantes el dinero del que don Pío había dispuesto en virtud de tales contratos.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que apelaron los demandantes, desestimaron íntegramente la demanda. En consecuencia, los poderdantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo. (A. I. R. A.)

**12. La interpretación literal de las normas.**—Según el Tribunal Supremo, la interpretación literal de las normas tiene un carácter instrumental. Aunque la interpretación literal suela ser el punto de partida del proceso interpretativo, ello no determina que represente, inexorablemente, el punto final del curso interpretativo, sobre todo en aquellos supuestos donde de la interpretación literal no se infiera un sentido unívoco que dé una respuesta clara y precisa a las cuestiones planteadas. En estos casos, el proceso interpretativo debe seguir su curso hasta llegar a la razón o sentido normativo.

**Interpretación del artículo 10 de la Ley 42/1998, de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.**—El artículo 10 de la Ley 42/1998 contemplaba indistintamente el desistimiento y la resolución sin matizar diferencia alguna respecto de su respectiva incidencia en el plano de la ineficacia del contrato. Ello era debido a un error de la traducción española de la Directiva 1994/47/CE, que erróneamente traducía el término «résiliation», de la versión francesa, como resolución —en la Ley actual (4/2012) sólo se contempla el desistimiento—. En realidad, la redacción anterior sólo contemplaba el supuesto de desistimiento, que no es una figura que corresponda técnicamente al ámbito de la ineficacia contractual. Siguiendo la propia letra de ese precepto, y la ambigüedad señalada, no se puede afirmar que la norma excluyera su aplicación a la acción de nulidad.

Para interpretar correctamente ese artículo 10, es necesario buscar su contexto normativo, lo que está constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, sobre defensa de consumidores y usuarios, y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, dada la condición de consumidores y adherentes de los adquirentes del aprovechamiento por turno de bienes inmue-

bles. Todas estas normas tienen una innegable finalidad tuitiva o protectora de la posición contractual del consumidor adherente de estos productos. Esa finalidad tuitiva se articula en un específico control de eficacia de la reglamentación pre-dispuesta, mediante el control de abusividad, tanto por contenido como por transparencia, y se caracteriza por los especiales deberes de configuración contractual que incumben al predisponente en este particular modo de contratación.

**El criterio de conservación de los actos y negocios y el principio de seguridad jurídica en el proceso interpretativo.**—El primer criterio no resulta de aplicación en dos casos: 1) cuando se produce una infracción de la norma interpretativa que establece los presupuestos de validez y eficacia del acto o negocio jurídico en cuestión; 2) cuando se produce una vulneración de la libre conformación de la voluntad negocial de una de las partes contratantes que determine su nulidad radical. En cuanto al segundo criterio, no queda en entredicho cuando la doctrina jurisprudencial se dirige a dotar de certidumbre y comprensibilidad el contexto normativo objeto de interpretación.

**Interpretación del concepto de «exclusividad» del artículo 15 de la Ley 7/1998, de Crédito al Consumo.**—A la hora de interpretar ese término, hay que poner el centro de atención no tanto en la existencia de un auténtico acuerdo de exclusiva, sino en la inferioridad de la posición contractual que asume el consumidor y que se refleja en su falta de libertad para acudir a una entidad financiera de su elección, pues viene impuesto por el transmitente. En este sentido se expresa la Ley 16/2011, que regula el régimen actual de los contratos de créditos al consumo, en donde, conforme a la Directiva 2008/48/CE, se elimina la exigencia del pacto de exclusividad. (STS de 28 de abril de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

**HECHOS.**—Don C y doña A interponen demanda contra la entidad MMT S.A. y contra el banco BSCH. Solicitan, en lo que aquí interesa: a) la declaración de nulidad del contrato celebrado con MMT S.A., por el que adquirirían el derecho a disfrutar, durante cincuenta años, de tres semanas de alojamiento anuales en establecimientos hoteleros por indeterminación del objeto, por indeterminación del precio, por vicio en el consentimiento y por inobservancia total en la celebración del contrato de la norma imperativa que regula esta materia; b) la declaración de nulidad del contrato de financiación suscrito con BSCH, para el pago de los derechos de adquisición de los servicios turísticos contratados con MMT S.A., y la nulidad por accesorio del contrato de vida suscrito para garantizar los préstamos concedidos. BSCH contesta a la demanda, alegando lo siguiente: 1) el contrato de financiación se formalizó como un contrato independiente, nueve días después, de haberse formalizado el contrato principal; 2) el banco demandado no era la única entidad financiera, puesto que para la concesión de la financiación también intervenían otras entidades bancarias; 3) no hay pacto de exclusividad entre MMT S.A. y BSCH, no hay vinculación ni exclusividad del contrato de financiación respecto del contrato de afiliación; 4) no resulta aplicable la Ley 42/1998, pues su artículo 12 está previsto para los supuestos en que se hayan ejercitado las facultades de desistimiento o resolución del contrato, y no cuando se ejercita una acción de nulidad; 5) han transcurrido los plazos previstos en la Ley 42/1998 para desistir y resolver; 6) no se cumplen los requisitos del artículo 12 de la Ley 42/1998 ni los del artículo 15 de la Ley 7/1995.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda. Considera, en primer lugar, aplicable la Ley 42/1998. En consecuencia, el contrato es nulo porque adolece de una indeterminación en su objeto y en su precio, y contiene información incompleta e inveraz, lo que posibilita la concurrencia de un error en el consentimiento negocial de los actores. Condena a las partes a la restitución de las prestaciones recibidas. Declara también que la nulidad del contrato de afiliación al programa de servicios turísticos alcanza del mismo modo al contrato de préstamo vinculado a dicha operación por los siguientes motivos: a) ha quedado acreditado que el BSCH era cliente de MMT S.A. (el préstamo se concede por el importe exacto del precio del contrato y se entrega directamente a MMT S.A., es decir, que los actores no tienen disponibilidad alguna del capital prestado; además fue MMT S.A. quien los gestionó y lo tramitó); b) la resolución a la que se refiere el artículo 12 Ley 42/1998 incluye todos los supuestos de ineficacia del contrato, pues el espíritu y la finalidad de esta norma es que el adquirente quede indemne a consecuencia de la operación compleja de adquisición mediante financiación ajena que deviene ineficaz por el desistimiento del adquirente o por el ejercicio de la facultad de resolución en cualquiera de los casos del artículo 10 de esa Ley, que incluye también, en el apartado 2.2, la facultad de instar la acción de nulidad conforme a los artículos 1300 ss. CC.

El BSCH interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial lo estima y revoca la sentencia de primera instancia, en cuanto se refiere a la ineficacia del contrato de préstamo, absolviendo al banco de todas las pretensiones. Entiende que el artículo 12 de la Ley 42/1998 sólo comprende los casos de desistimiento y de resolución por las causas del artículo 10.2 Ley 42/1998, quedando fuera el ejercicio de la acción de nulidad. El contrato de financiación, aunque esté relacionado con el contrato principal, no sigue su suerte de manera inexorable, sino que sólo se ve afectado por él en los casos en los que así lo establece la Ley. Sólo así se asegura la seguridad del tráfico jurídico. Por otro lado, la Ley de Crédito al Consumo deviene inaplicable, pues falta uno de los requisitos: el pacto de exclusividad entre la vendedora y la entidad financiera. Siendo así, no cabe declarar la ineficacia del contrato de préstamo.

Los demandantes interponen recurso de casación. Los recurrentes alegan: 1) la extensión de la nulidad del préstamo realizado a los supuestos de ineficacia del artículo 10.2, en relación con el artículo 12, ambos de la Ley 42/1998; 2) que la sentencia recurrida ha interpretado el concepto de exclusividad del artículo 15 Ley 7/1995 como monopolio, esto es, que MMT S.A. trabaje con una sola entidad financiera, interpretación que vulnera la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias. El Alto Tribunal estima el recurso. Tras realizar una interpretación teleológica y contextual de la Ley 42/1998, concluye que su artículo 10 es aplicable también a los supuestos de nulidad contractual, pues sólo de esta manera se podrá conseguir la finalidad tuitiva que tiene la legislación sobre consumidores. En cuanto al concepto de «exclusividad» del artículo 15 de la Ley 7/1995, destaca la doctrina explicada más arriba.

NOTA.—Sobre el carácter instrumental de la interpretación literal de las normas jurídicas, *vid.* la STS de 18 de junio de 2012. En cuanto al criterio de la conservación de los actos y negocios como principio general del Derecho, *vid.* la STS de 15 de enero de 2013. Sobre el concepto de exclusividad del artículo 15 de la Ley 7/1995, *vid.* SSTS de 25 de noviembre de 2009 y de 4 de marzo de 2011. Y en cuanto a la eliminación, por la regulación vigente, del pacto de exclusividad como requisito para aplicar la Ley de Crédito al Consumo, *vid.* SSTS de 4 de febrero de 2013 y de 6 de mayo de 2013. (S. L. M.)

**13. Concepto de «promotor».**—El artículo 9 LOE contiene el concepto de «promotor». El promotor de comunidades es aquella persona física o jurídica pública o privada, que facilita a sus asociados la edificación de todo tipo de viviendas. Es un profesional de la gestión inmobiliaria, que ostenta el dominio y una opción de compra sobre un determinado terreno, y ofrece y gestiona la construcción en comunidad de todo o parte del suelo edificable, esperando encontrar asociados o comuneros que cooperen. No cabe aplicar dicha figura: a) a la entidad que no sea la titular del pleno dominio de las fincas sobre las que se va a llevar a cabo la edificación; b) a aquella que se limite a prestar servicios de asistencia técnica, económica, jurídica y administrativa necesaria para llevar a cabo la promoción de las viviendas, plazas de garaje, trasteros y locales comerciales; c) a la entidad que se encargue de la redacción del contrato de ejecución de obras, así como de las incidencias y seguimiento del contrato, modificaciones y contenciosos. (**STS de 5 de mayo de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios y varios de sus propietarios interponen demanda contra SSA, solicitando que se condene a ésta, en su condición de promotora de la obra, al pago de ciertas cantidades por defectos constructivos, sobreprecio satisfecho indebidamente, indemnización por retraso en la entrega de viviendas y daños morales. La demandada niega tener la condición de promotora, señalando que la comunidad está integrada por los socios de la cooperativa RVSC, y que se limitó a cumplir el contrato de gestión suscrito con dicha cooperativa. Se produce la intervención en el proceso de la constructora PUOC y de los técnicos partícipes en la construcción, que negaron su responsabilidad.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a PUOC a satisfacer a las demandantes una cantidad de dinero, desestimando el resto de pretensiones. Dicha sentencia fue recurrida en apelación, donde la Audiencia Provincial condenó solidariamente a PUOC y SSA a pagar a los demandantes una cantidad de dinero. En cuanto a la responsabilidad de SSA, apunta la Audiencia que se trata de una promotora encubierta. Según la Audiencia, sin perjuicio de la acción que corresponda a los demandantes frente a los profesionales que proyectaron y dirigieron la obra, la gestora responde frente a sus clientes como promotor encubierto por culpa contractual por la mala gestión financiera, defectuosa elección de terreno, de proyecto o de dirección facultativa, entre otras.

SSA interpone recurso de casación contra dicha sentencia, negando, básicamente, tener la condición de promotor, por lo que no se le puede exigir responsabilidad. Denuncia la infracción del artículo 17 LOE. El Tribunal Supremo entiende que SSA no es promotora en el sentido de la LOE, pues no tiene el pleno dominio de las fincas sobre las que se va a realizar la edificación. Además, en el contrato entre la cooperativa y SSA se especifica que la función de esta última es únicamente de asistencia y asesoramiento.

NOTA.—Sobre la figura del «promotor» y las condiciones para tener dicha cualidad, *vid.* también la STS de 27 de abril de 2009. (S. L. M.)

**14. Ley de Ordenación de la Edificación. Responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación. Prescripción de las acciones dimanantes del contrato de obra. La interrupción del plazo de prescripción de la acción contractual frente al promotor no interrumpe la prescripción respecto de los otros agentes con los que el dueño de la obra no tenía relación contractual, aun cuando exista responsabilidad solidaria de aquéllos.**—En los casos señalados en el artículo 17 LOE ya no puede calificarse la solidaridad de impropia puesto que, a diferencia de lo que acontecía en el antiguo régimen del artículo 1591 CC, esta solidaridad ya no tiene su origen en la sentencia que la establece, sino en la propia Ley. Si bien, se trata de una «responsabilidad solidaria» y no de una «obligación solidaria» en los términos del artículo 1137 CC, puesto que los agentes que intervienen en el proceso constructivo tienen funciones distintas y actúan con diferentes títulos. Esto, por consiguiente, repercute en orden a la interrupción de la prescripción, que se mantiene en la forma que ya venía establecida por la STS de 14 de marzo de 2003; de forma que, dirigida la acción contra cualquiera de los agentes de la edificación, se interrumpe el plazo de prescripción respecto del mismo, pero no a la inversa. En consecuencia, la interrupción de la prescripción de quince años frente a la promotora, en el ejercicio de la acción derivada del contrato de compraventa, no alcanza a los otros agentes (arquitecto-director y arquitecto técnico), cuya responsabilidad no deriva de dicho contrato, y está sometida al más perentorio de un año propio de las acciones del artículo 1902 CC. (STS de 20 de mayo de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios del edificio E. demandó a la promotora-constructora CAG, S. L., a don M. (arquitecto-director de la obra) y a don C. (arquitecto técnico), como responsables solidarios de los defectos que presentaba dicha construcción, mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual prevista tanto en el Código Civil como en la Ley de Ordenación de la Edificación. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Granada estimó el recurso de apelación de la actora y condenó a los demandados solidariamente a llevar a cabo determinadas correcciones y acabados de la obra en cuestión. Don C. interpuso recurso de casación por estimar que, pese a la solidaridad, la interrupción del plazo de prescripción de quince años de la acción de responsabilidad contractual que el propietario de la obra tenía frente a la promotora no se extendía a los otros demandados con los que el dueño de la obra no estaba vinculado contractualmente. El

Tribunal Supremo, en sentencia dictada por el Pleno, dio lugar al recurso de casación y sentó doctrina jurisprudencial en tal sentido.

NOTA.—Esta Sentencia, junto con la STS de 16 de enero de 2015, consolida la doctrina jurisprudencial iniciada con las SSTs de 17 de junio y 21 de octubre de 2002, y corroborada por la STS del Pleno de 14 de marzo de 2003, mediante la cual se da un giro a la postura del Alto Tribunal sobre la aplicación del artículo 1974.1 CC a la denominada «solidaridad impropia» [v. SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. *La interrupción de la prescripción en los supuestos de solidaridad impropia. (Su incidencia en la solidaridad de los intervinientes en el proceso de edificación)*, RCDI n.º 685 (2014), pp. 2449-2466]. Con este cambio de criterio se entiende que esta solidaridad surge a partir de la sentencia, de suerte que no puede existir relación de solidaridad entre los autores del daño antes de la resolución judicial que la establece. La particularidad de estas nuevas decisiones de enero y mayo de 2015, estriba en que no podrá ya calificarse la solidaridad de estos agentes como impropia, al venir sancionada legalmente en el artículo 17 LOE. Por lo que el Tribunal Supremo se ha visto en la necesidad de puntualizar que, fuera de los casos en los que existe una verdadera obligación solidaria, en el supuesto del artículo 17.3.1 LOE (cuando no pueda individualizarse la causa de los daños), nos encontramos ante una «responsabilidad solidaria» y no ante una obligación de tal naturaleza. Por lo que no es aplicable automáticamente el régimen previsto para esta clase de obligaciones y, en particular, los efectos interruptivos de la prescripción frente a todos los obligados solidariamente. Decisión que no ha estado exenta de crítica por la deficiente técnica con la que se pretende llevar a cabo esa distinción entre responsabilidad y obligación solidarias [v. ÁLVAREZ OLALLA, M. P., *El Tribunal Supremo aclara su doctrina relativa a la inaplicación del artículo 1974 CC en el caso de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación*, ACM núm. 11 (2015), pp. 145-152; PEÑA LÓPEZ, F., *Comentario a la Sentencia de 17 de septiembre de 2015, CCJC núm. 100 (2016), pp. 633-642*. (L. A. G. D.)

**15. Responsabilidad civil del abogado. Deber profesional de información adecuada en cada momento del devenir procesal del asunto. Disminución de las posibilidades de defensa: no existe cuando la probabilidad del resultado no goza de una razonable certidumbre.**—El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Debe apreciarse una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que deba ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC (SSTs de 14 de octubre de 2010 y de 14 de octubre de 2013). No puede reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportuni-

des de éxito de la acción. (STS de 24 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La mercantil CE, S. L. contrató los servicios jurídicos del despacho de abogados GGA, S. L. para que le asesorara y gestionara su intervención en un expediente sancionador en materia fiscal, así como para las posteriores actuaciones judiciales derivadas de aquél. Al término de la relación CE, S. L. interpuso demanda contra GGA, S. L. en reclamación de la indemnización de los daños morales, o subsidiariamente patrimoniales, que entendía había sufrido a consecuencia de la negligente actuación profesional del despacho, al no habérsele asesorado convenientemente ni informado tampoco de todas las posibilidades de impugnación y defensa de las resoluciones administrativas y judiciales. Reclamaba en tal concepto el mismo importe que había tenido que abonar finalmente a la Hacienda pública. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial de Logroño desestimaron la acción planteada al entender que no hubo negligencia imputable a la demandada ni aparecer acreditado que la actora sufriese una verdadera pérdida de oportunidades de defensa. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

**16. Indemnización por gran invalidez: aplicación del baremo de tráfico: fijación de renta vitalicia y de otra indemnización a tanto alzado.**—Se plantea en ambos recursos una misma controversia jurídica consistente en determinar si con arreglo al baremo de tráfico, aplicado con carácter orientador, es posible conceder una pensión vitalicia —en este caso, por gran invalidez— como concepto autónomo, y por tanto que exceda los límites cuantitativos que resultan del sistema legal de valoración, formulados por Clínica Parque San Antonio S.A. y Segur Caixa Adeslas S.A., ambas condenadas a pagar solidariamente a la perjudicada la suma de 455.398 euros y una pensión vitalicia y de periodicidad mensual de cinco mil euros, que se revisará anualmente a fecha 1 de enero conforme al IPC.

En cuanto a la procedencia de resarcir parte del daño mediante renta vitalicia, la sentencia resulta conforme con los criterios legales y jurisprudenciales dado que garantiza en mejor medida que la víctima tenga a su disposición mensualmente una cantidad para atender sus especiales necesidades evitando además el enriquecimiento por exceso indemnizatorio en caso de pronto fallecimiento.

Para responder a la cuestión controvertida de si la renta sustitutiva concedida resulta o no superior a los límites del baremo no debe existir discusión acerca de qué concepto o conceptos indemnizatorios comprende. En este sentido se observa una clara discrepancia entre lo que dice la sentencia recurrida y lo que se defiende por ambos recurrentes. Estos parten de la base de que la renta vitalicia se fijó únicamente en sustitución de la indemnización por gran invalidez, y que para su cuantificación el tribunal sentenciador se excedió en los límites del sistema al concederla por una cuantía mensual que supera la indemnización máxima a tanto alzado. Sin embargo de la fundamentación de la sentencia se llega a la conclusión de que la suma de 5000 euros mensuales comprende otros conceptos como el derecho a incrementarla por secuelas hasta el 10% por perjuicios económicos, por encontrarse en edad laboral y aun

cuando no justifique ingresos siguiendo la doctrina de esta Sala (SSTS de 18 de junio de 2009, 20 de julio de 2011 y 30 de abril de 2012), y que también la víctima tiene derecho a incrementar la indemnización básica mediante el factor corrector de perjuicios morales a familiares de grandes inválidos.

Aunque esta Sala no comparte que la renta vitalicia tenga carácter autónomo sino sustitutorio, con la consecuencia de que nunca puede superar la suma que correspondería a tanto alzado con arreglo a baremo, no existen en este caso razones para apreciar las infracciones que se denuncian pues el límite cuantitativo no viene representado, como se pretende, por la suma máxima que correspondiera a la víctima por el concepto de invalidez permanente (330.742,34 euros) sino que ha de tomarse en cuenta el límite establecido en el baremo para los demás conceptos que la sentencia acuerda (perjuicios económicos por pérdida de ingresos, los perjuicios morales a familiares y los gastos médicos y de asistencia futuros, estos últimos sin sujeción a límites). Todo lo cual impide a esta Sala revisar las indemnizaciones concedidas por la Audiencia Provincial pues los argumentos de los recurrentes discurren al margen de las verdaderas bases en que aquella se asienta y se apartan de los concretos perjuicios que se consideraron acreditados, lo que impide apreciar arbitrariedad o irrazonable desproporción en su concesión en forma de pensión mensual vitalicia. (STS de 27 de mayo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**17. Prescripción adquisitiva (usucapión). Abandono del dominio (derelicción) y renuncia abdicativa: presupuestos objetivos.**—Los presupuestos básicos para la renuncia del dominio o abandono de la cosa (derelicción) son: la intención (*animus*) de abandonar la posesión en concepto de dueño, ya de forma declarada o presunta, y la conducta concluyente que exterioriza el abandono del dominio (*corpus*). De acuerdo a lo anterior, el Alto Tribunal considera que la renuncia abdicativa, fuera de su declaración, requiere un hecho concluyente al respecto o conducta de desposesión. En el caso concreto, no se trató de una desposesión por abdicación, sino de la preferencia del uso en favor de la esposa e hija tras la separación matrimonial y al amparo de una decisión judicial. Por tanto, el Tribunal Supremo considera que no puede estimarse la prescripción o usucapión extraordinaria, al no concurrir los presupuestos generales para su aplicación en relación a una posesión en concepto de dueño, publica, pacífica e ininterrumpida (de acuerdo a la interpretación sistemática de los arts. 446 y 447 CC); [STS 28 de septiembre de 2012].

En relación a los gastos de mantenimiento de la vivienda, de consumo e impuestos ejercidos por el poseedor, se deben ejercer en concepto de dueño o titular exclusivo de la misma. Por el contrario, si se prueba que hay reconocimiento de otro titular, se contradice abiertamente el carácter de posesión en concepto de dueño exclusivo y el carácter pacífico de la misma. (STS de 11 de junio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El señor E demanda a la señora T pidiendo que se declare la disolución del condominio constituido sobre una finca urbana, para su posterior venta en subasta pública y reparto del

precio entre sus copropietarios. La señora T formula reconvencción, pidiendo que se declare la adquisición por usucapión o prescripción adquisitiva de la parte indivisa de la finca urbana de propiedad del señor E.

En su sentencia del 17 de febrero de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Madrid desestimó la demanda y estimó la reconvencción, declarando que la señora T ha adquirido por usucapión a su favor la parte indivisa del señor E. El juzgado consideró que, de acuerdo a la redacción dada al artículo 67 CC por la ley de 24 de abril de 1958, no se concedió un derecho de uso a los hijos y al cónyuge de la finca urbana, por lo que no se puede entender que la demandada haya ocupado la vivienda bajo el uso atribuido por la resolución judicial. Por tanto, el Juzgado consideró que la señora T ocupó la vivienda como propietaria exclusiva desde que el marido se marchó.

En su sentencia de 8 de marzo de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto por el señor E. La Audiencia declaró la disolución de la comunidad de bienes sobre la finca litigiosa, entendiéndolo que no se puede considerar que la posesión efectuada por la demandada sea a título de señor y dueño, sino que fue derivada de una resolución judicial y legal, ya que el demandante reconoció dicha posesión y atribución a la esposa e hijas del uso de la vivienda, pero no la propiedad.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la demandada. El Alto Tribunal consideró que no había ocurrido un hecho concluyente de desposesión, pues ésta no había sido fruto de su abdicación. Por otro lado, el Tribunal consideró que más bien la demandada dio muestras evidentes de no considerarse ella misma dueña única y exclusiva de la vivienda a mantener, pues del examen de los recibos aportados a la demanda, se evidencia que la señora T reconoció a su ex marido como cotitular de la vivienda de cara al impuesto sobre los bienes inmuebles. (*I. V. B.*)

**18. Responsabilidad de los bienes gananciales.**—Conforme al artículo 1365.2.º CC, los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Además, el Tribunal Supremo señala que la responsabilidad de los bienes gananciales subsistirá incluso después de haber sido adjudicados al cónyuge no deudor. Por tanto, tras la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes gananciales. Si el cónyuge deudor ejerce el comercio, los bienes gananciales responderán de esas deudas (art. 6 CCO). Pero para afectar a los bienes gananciales distintos a los obtenidos por el ejercicio de dicha actividad, es necesario el consentimiento del cónyuge no deudor. Puede ser un consentimiento tácito, lo que ocurrirá cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge no comerciante o cuando, al contraer matrimonio, se hallase uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro (arts. 7 y 8 CCO). Resulta irrelevante, a estos efectos, la falta de conocimiento de la marcha del negocio.

Por otro lado, el artículo 1317 CC establece que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no puede per-

judicar en ningún caso los derechos subsistentes que los terceros hubieran adquirido. Se trata con ello de evitar situaciones de fraude, sin que sea necesario acudir a la nulidad o rescisión de las capitulaciones en las que se instrumenta dicha modificación para hacer efectiva esta garantía.

**Ejercicio de la tercería de dominio.**—El momento a partir del cual es posible ejercitar la tercería de dominio ha sido objeto de gran debate jurisprudencial y doctrinal. La doctrina ha entendido que, en el supuesto de subasta de bienes inmuebles, la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación y la escritura, que confiere la posesión civilísima, sería la operación de consumación del acto procesal enajenatorio. El artículo 1533 LEC establece que la tercería de dominio no es admisible después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiere o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante. De manera que antes de la entrega de la cosa al comprador o al ejecutante, o antes del otorgamiento de la escritura debe tramitarse la demanda de tercería de dominio, aunque se hubiese aprobado el remate.

Tradicionalmente el Alto Tribunal ha mantenido la necesidad de que la transmisión de la cosa embargada se haya consumado en favor del ejecutante, estando sujeta dicha consumación a lo dispuesto en el artículo 609 CC. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente ha señalado que con la aprobación judicial del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato, pues a la adjudicación se le puede atribuir el carácter de tradición simbólica. Por tanto, el posterior otorgamiento de la escritura pública no será necesario para que concurra el requisito de la tradición instrumental del artículo 1462.2 CC, a los efectos de la protección del tercerista dentro del proceso de ejecución.

Tras la aprobación de la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1514 LEC, con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos. La expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica. La venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario.

**Transmisión de la propiedad.**—El Código Civil español, inspirado en el sistema romano, establece que la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato, sino que debe producirse la conjunción de dos elementos: el título y el modo. Si bien es cierto que cabe la tradición instrumental, no se puede pretender la prevalencia de la ficción o tradición instrumental sobre la propia realidad. De ahí que no quepa la prescripción adquisitiva cuando falta la posesión del bien. (STS de 6 de mayo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—El *iter* registral de la finca litigiosa fue el siguiente. Inscripción 1.<sup>a</sup> (10 de marzo de 1962): inmatriculación de la finca a favor de doña L por título público de adquisición, conforme al que fue adquirida por herencia de don N. Inscripción 2.<sup>a</sup> (5 de marzo de 1964): compraventa a favor del matrimonio formado por don N y doña T por escritura otorgada el 6 de diciembre de 1963. Se produce una anotación de 29 de mayo de 1969, de suspensión de pagos acordada por providencia de 18 de abril de 1969, sobre dicha finca y otras fincas pertenecientes al suspenso. Contra el padre del actor se sigue un procedimiento de quiebra necesaria, donde se dictó

Auto por el que se aprobó el remate de la finca registral número 0. Dicha finca fue rematada a favor de don E por una cantidad de dinero que fue debidamente consignada por el rematante. El Auto fue notificado al padre del actor al día siguiente, sin que se expresase desacuerdo con la adjudicación o con cualquier otra actuación habida en el procedimiento de quiebra. Inscripción 3.<sup>a</sup> (27 de abril de 2004): inscripción con pleno dominio con carácter privativo a favor de don D en virtud de Auto de aprobación de expediente de dominio para reanudación del tracto sucesivo con fecha 1 de marzo de 2004. Inscripción 4.<sup>a</sup> (3 de junio de 2004): aportación por don D del 50% del dominio de la finca a la sociedad G S.L., en pago de participaciones sociales, por escritura de 19 de mayo de 2004. Inscripción 5.<sup>a</sup> (7 de junio de 2004): G S.L. vende su mitad indivisa en la finca y en otra finca a don G por escritura de 17 de diciembre de 2003. Inscripción 6.<sup>a</sup> (7 de junio de 2004): aportación por don G de su participación del 50% del dominio a la sociedad R S.L., en pago de participaciones sociales por escritura de 21 de enero de 2004. Inscripción 7.<sup>a</sup> (16 de marzo de 2005): G S.L., dueña de la mitad indivisa según inscripción 4.<sup>a</sup>, vende su mitad indivisa sobre la finca a E S.L., conforme a escritura de 28 de diciembre de 2004. Inscripción 8.<sup>a</sup> (16 de marzo de 2005): R S.L., propietaria de la mitad indivisa según inscripción 6.<sup>a</sup>, vende dicha participación a E S.L., según escritura de 31 de enero de 2005. Inscripción 9.<sup>a</sup> (no consta fecha): E S.L. transmite a B S.A., por escritura de 3 de diciembre de 2007, el 38.23% de la finca, equivalente a toda la edificabilidad neta de uso terciario de oficinas. Inscripción de hipoteca (no consta fecha): constitución de hipoteca sindicada a 12 años, desde la primera disposición del crédito sobre el 38,23% de la finca propiedad de B SA a favor de las entidades E AG, BP S.A. y N S.A. Además, la finca está incluida en el Proyecto de Reparcelación «Ciudad Aeroportuaria – Parque de Valdebebas».

Don A interpone demanda contra don G S.L., R S.L., E S.L. y don G. Solicita que: 1) se declare su dominio respecto de la finca registral número 0, por título de herencia de sus padres; 2) se declare la nulidad del título de propiedad invocado por don D, contrato privado de compraventa suscrito por don S y doña A como vendedores; 3) se declare la nulidad de todas las transmisiones posteriores practicadas a su amparo, con cancelación de las inscripciones correspondientes; 4) acuerde librar mandamiento al Registro de la Propiedad para la cancelación de las referidas inscripciones, ordenando la inscripción de la finca a favor de don A, como legítimo propietario de la misma; 5) se condene a E S.L. a abonarle un importe del precio que haya recibido de M SA por la compra de la participación indivisa de la finca; 6) subsidiariamente, si se mantuviera la vigencia de los asientos registrales a favor de E S.L., se declare que tiene derecho a percibir de ésta, en sustitución de las demandadas G S.L. y R S.L., el mayor precio que pudiera resultar de la aplicación de los pactos contenidos en las escrituras de compraventa que han causado dichos asientos de la finca número 0, para evitar que se produjera un enriquecimiento injusto a favor de dichas demandadas.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, si bien mantiene las inscripciones a favor de E S.L., A, don D, G S.L., R S.L. y E

S.L. interpusieron recursos de apelación ante la Audiencia Provincial, que estimó los de los demandados y revocó la sentencia de primera instancia en lo que tenía que ver con ellos.

La Audiencia se plantea si está justificado el dominio de don A sobre la finca registral. Una vez rematada la finca litigiosa, los padres del actor dejaron de ser propietarios y, por ende, éste no pudo adquirir el dominio de la finca al no estar comprendida en el haber hereditario de aquéllos. Por tanto, don E adquirió válidamente el dominio de la finca de quien estaba facultado para transmitirlo. No es obstáculo para ello: a) que el bien fuera ganancial, pues la legislación vigente en ese momento concedía al marido el dominio *in actu* de los bienes gananciales y la facultad de gravarlos como gestor de la economía familiar, de modo que la esposa sólo adquiriría su participación extinguida la sociedad; b) la falta de inscripción de la adquisición en el Registro, pues era voluntaria en aquella época. Por otro lado, no cabe que don A haya adquirido la finca por prescripción, al no poder alegar ignorancia del procedimiento de quiebra y de sus consecuencias cuando incluso desde el año 1969 consta en el Registro una anotación de suspensión de pagos, y por no cumplirse los requisitos ni de la ordinaria ni de la extraordinaria.

Contra la sentencia de la Audiencia interpuso don A recurso de casación, basándose en los siguientes motivos: a) la infracción de los artículos 1417 y 52 CC vigente en 1975 (actuales 1392.1.º y 85 CC), puesto que se produjo la disolución de la sociedad de gananciales y el inicio de la fase de liquidación, por fallecimiento de doña T, madre del recurrente, en fecha 4 de julio de 1975; b) la disolución del matrimonio por fallecimiento de la esposa y la consiguiente disolución de la sociedad de gananciales, convierte en nulo de pleno derecho cualquier acto de disposición sobre los bienes gananciales que se lleve a cabo sin la previa liquidación de dicha sociedad de gananciales, refiriéndose en concreto a la subasta celebrada; c) la disolución de la sociedad de gananciales por fallecimiento de la esposa debió producir, respecto de la quiebra, el efecto de que cesaba la posibilidad del marido de vincular bienes de la sociedad de gananciales y de representar a su esposa y, por extensión, que cesaba la posibilidad de ejecutar bienes propiedad de la esposa, siendo preciso traer al proceso a los legítimos herederos de la fallecida; d) el recurrente, como único hijo del matrimonio, heredó todos los bienes de su madre doña T en la fecha de su fallecimiento, al extinguirse la sociedad de gananciales por fallecimiento de ésta y de su padre, el 19 de febrero de 2001, entre cuyos bienes se encontraba la finca litigiosa, la cual ha permanecido inscrita en el Registro a nombre de sus padres sin limitación alguna y libre de cargas; e) se ha producido la prescripción adquisitiva a favor de don A, pese a que la finca registral permaneció inscrita a nombre de los padres del demandante en virtud de la inscripción registral 2.ª de 5 de marzo de 1964, hasta el 27 de abril de 2004, en que se inscribe el expediente de dominio cuya anulación es objeto del presente procedimiento, sin que existiera anotación marginal alguna del procedimiento de quiebra, figurando tan solo anotada la solicitud de suspensión de pagos en el año 1969, que fue cancelada por caducidad en 1985 –precisa que la falta de anotación de la

existencia de quiebra, por aplicación del principio de fe pública registral, habilita al recurrente como legítimo heredero y propietario—; f) no operó la transmisión de la propiedad de la finca, puesto que tras dictarse el Auto que aprobaba el remate, no se expidió el testimonio a favor de don E, no se liquidó en Hacienda y no se otorgó por la sindicatura de la quiebra la correspondiente y preceptiva escritura pública de compraventa.

El Alto Tribunal entiende aplicable, en primer lugar, la doctrina mencionada sobre la responsabilidad de los bienes gananciales del cónyuge no comerciante. Considera que el bien fue correctamente subastado a instancia del síndico de la quiebra, aunque la esposa del quebrado, madre del actor, hubiese fallecido ya a la fecha de celebración de la subasta, pues disuelta la sociedad de gananciales, el bien en cuestión seguía afecto a las deudas del marido. En otro orden de cosas, el Tribunal Supremo considera que el problema de este litigio no se ha de centrar en la *traditio* instrumental, ya que consta que la escritura pública no llegó a otorgarse, sino que hay que determinar si existió tradición real, consumándose con ella la cuenta y traslación del dominio. Según el Alto Tribunal, esa entrega real se ha producido, dando lugar a la consumación de la enajenación forzosa y, por tanto, a la traslación del dominio. La entrega se colige de: 1) la cantidad consignada por el rematante no fue reclamada por éste en el procedimiento de quiebra ni consta en él su devolución; 2) la sentencia recurrida afirma que no ha acreditado el actor, siendo su carga, la posesión de la finca; 3) ésta no aparece registrada catastralmente a su nombre. Al faltar la posesión del bien, no podría producirse la prescripción adquisitiva. Añade que la publicidad registral se encuentra destinada a los terceros, pero no a quien forma parte del núcleo familiar, en íntima relación con el quebrado. En base a todo esto, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso.

NOTA.—Sobre la responsabilidad de los bienes gananciales del cónyuge no comerciante, *vid.* también las SSTS de 30 de enero de 1986, 13 de junio de 1986, 19 de septiembre de 1987, 29 de diciembre de 1987, 20 de marzo de 1988, 15 de marzo de 1991, 18 de julio de 1991, 10 de junio de 1993, 13 de octubre de 1994, 10 de noviembre de 1995, 27 de marzo de 1999, 25 de septiembre de 1999, 30 de diciembre de 1999, 7 de marzo de 2001, 21 de julio de 2003, 16 de febrero de 2006, 5 de octubre de 2007 y 6 de junio de 2008. En relación a la falta de necesidad de otorgamiento de la escritura pública para que concurra el requisito de la tradición instrumental, a los efectos de proteger al tercerista dentro del proceso de ejecución *vid.* las SSTS de 1 de julio de 1991 y 11 de julio de 1992. Sobre la aprobación del remate en la subasta de bienes inmuebles como equivalente al perfeccionamiento de la operación, *vid.* las SSTS de 1 de diciembre de 1986 y 1 de septiembre de 1997. En relación a la necesidad de que la demanda de tercería de dominio se interponga antes de la entrega de la cosa al comprador o al ejecutante, o antes del otorgamiento de la escritura, *vid.* las SSTS de 16 de julio de 1982 y 10 de diciembre de 1991. Sobre el sistema español de transmisión de la propiedad, *vid.* la STS de 20 de octubre de 1990. (*S. L. M.*)

**19. Propiedad horizontal. Obras ilegales. Autorización en estatutos y autonomía de la voluntad.**—La propiedad horizontal se caracteriza por tener normas de Derecho necesario, que pueden ser modificables bajo el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) (SSTS 15 de octubre de 2009, 4 y 7 de marzo de 2013). En el ámbito de la Propiedad horizontal resulta posible el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que, en general, atienden al interés general de la comunidad. Las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble deben constar de manera expresa y, a fin de tener eficacia frente a terceros, deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad (SSTS 20 octubre de 2008, 24 de octubre de 2011 y 30 de diciembre de 2010). Por tanto, los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble (art. 33 CE), excepto que este uso no esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de la Propiedad horizontal, su título constitutivo o regulación estatutaria (entre otras, SSTS 23 de febrero de 2006 y 20 de octubre de 2008). Si los estatutos admiten realizar operaciones de división, sin necesidad del consentimiento de la comunidad, la junta de propietarios solo podrá controlar que las obras no perjudiquen elementos comunes ni a otros propietarios, y que no afecten la estructura, la seguridad, estado exterior del edificio, pues si respetan dichas limitaciones, la junta lo único que tiene reservado es la atribución de nuevas cuotas de los espacios afectados por la reforma (STS 30 de septiembre de 2010).

**Obras en locales comerciales situados en propiedad horizontal.**—De acuerdo al Tribunal Supremo, la posibilidad de realización de obras en locales comerciales situados en edificios de propiedad horizontal debe ser más amplia. Lo anterior, porque la finalidad comercial de los locales puede comportar la necesidad de presentar una configuración exterior adecuada y la necesidad de facilitar el conocimiento de su existencia y publicidad de su actividad para los clientes, por tanto, tales modificaciones deben considerarse implícitas en la finalidad comercial de los locales. Con ello, la jurisprudencia pretende evitar que la aplicación rigurosa de la Ley de Propiedad Horizontal impida a los titulares y arrendatarios de locales comerciales explotar su empresa. La jurisprudencia ha establecido como únicos límites a la obras en locales comerciales situados en edificios de propiedad horizontal la autonomía de la voluntad y los recogidos en el artículo 7.1 LPH, esto es, que las obras en los locales genéricamente autorizadas en el Título no menoscaben o alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración exterior o perjudique los derechos de otro propietario (STS 15 de noviembre de 2010). **(STS de 5 de mayo de 2015; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

**HECHOS.**—La Comunidad de Propietarios demandó a la sociedad H propietaria de un local comercial situado en la Propiedad Horizontal por ilegalidad de obras ejecutadas en suelo común de uso privativo, consistente en la instalación permanente de un cercamiento, toldo, quitavientos o carpa.

En su sentencia de 29 de septiembre de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Castro Urdiales estima la demanda. El Juzgado declaró la ilegalidad del cercamiento, toldo, carpa o quitavientos, ordenando su demolición, por entender que las mismas se habían realizado sin autorización de la Comunidad de Propietarios y porque infringiendo el artículo 12 de los Estatutos por haberse ejecutado incumpliendo las ordenanzas municipales.

La Audiencia Provincial de Cantabria, en su sentencia del 15 de octubre de 2012, estima el recurso de apelación interpuesto por la sociedad H. La Audiencia Provincial consideró que pese a que no existe autorización por parte de la comunidad, esta resultaba innecesaria atendiendo el contenido del artículo 12 de los Estatutos que las permitían, sin que las obras contravengan los estatutos, ni alteren la estructura y seguridad del edificio.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Propietarios. El Alto Tribunal considera que la obra construida en el local no contraviene los estatutos comunitarios, ni altera la estructura del edificio, desde el momento en que se trata de una estructura desmontable. (*I. V. B.*)

**20. Doble inmatriculación. Alcance de la tesis de la neutralización recíproca de los principios registrales y protección del tercero del artículo 34 LH.**—La neutralización de los principios registrales que se deriva del supuesto de la doble inmatriculación de fincas no resulta aplicable en los casos en que concurra un solo adquirente del artículo 34 LH, debiendo ser protegida su adquisición conforme a la vigencia del principio de fe pública registral. La doctrina de la neutralización recíproca de los principios registrales no puede ser aplicada de modo absoluto o dogmático, esto es, como condicionante *ab initio* de la vigencia del propio principio de fe pública registral, sino sólo en atención a las limitaciones que presente su desarrollo lógico jurídico en el curso o recorrido que se proyecte. Por este motivo, su curso o recorrido no queda agotado cuando la doble inmatriculación da lugar a la confrontación entre un titular registral y otro que ostente la condición de tercero hipotecario, resultando preferido este último.

**Principio de buena fe registral.**—La calificación de buena fe no puede circunscribirse a un mero estado psicológico consistente en la creencia de que el transferente era el titular del derecho real y venía legitimado para transferir el dominio. Dicha apreciación meramente subjetiva no resulta, por sí sola, determinante de la buena fe en el ámbito de adquisición de los derechos reales, pues se requiere el complemento objetivable de un «estado de conocimiento» del adquirente acerca de la legitimación del transmitente para poder transmitir el dominio; aspecto al que igualmente le es aplicable una carga ética de diligencia básica que haga exculpable, en su caso, el error sufrido por el adquirente. De este modo, la carga ética de diligencia a emplear por el tercero adquirente se centra primordialmente en el sentido negativo que presenta la extensión conceptual de la buena fe, es decir, en la medida o grado de diligencia exigible que le hubiera permitido salir del error o desconocimiento de la discordancia existente entre la información registral y la realidad dominical (STS 12 de enero de 2015). Esta gradación de la diligencia exigible no puede plantearse en abstracto respecto del examen de cualquier defecto, vicio o indicio susceptible de afectar a la validez y eficacia del negocio dispositivo realizado, sino que ha de modularse, necesariamente, en el marco concreto y circunstancial que presenta la impugnación efectuada. (STS de 19 de mayo de 2015; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Doña Constanca, don Doroteo, doña Visitación, don Arsenio y doña Melisa (en adelante, los actores) interponen

demanda frente a la mercantil Sánchez Clemente Gestión Inmobiliaria S. A. (en adelante, SCGISA), doña Remedios, doña Camila y doña Belén. En la demanda ejercitan acción declarativa de la propiedad sobre la base de la existencia de una doble inmatriculación atinente a una misma finca. Los actores esgrimían que SCGISA había adquirido el 50% de la propiedad de doña Remedios, a sabiendas de que aquella no ostentaba la condición de propietaria de la finca. SCGISA había adquirido e inscrito una mitad indivisa de la finca a título de permuta.

La controversia tiene su origen en el fallecimiento de la usufructuaria de la finca, doña Inés, quien ostentaba el usufructo de la misma por transmisión de su padre, Justiniano, quedando reservada la plena propiedad y el dominio a sus dos hijos (así lo mandaba el legado a modo de fideicomiso o reserva troncal por el que Justiniano adquirió la finca). A la muerte de la usufructuaria, se extingue el usufructo, y se inscribe la finca, el 9 de septiembre de 1957, a favor de los dos hijos mediante el certificado de defunción, siendo uno de ellos padre de doña Remedios, la cual inscribe a su vez a título sucesorio de su padre en 2004 (antetítulo de SCGISA). La particularidad radica en que el mismo día 9 de septiembre de 1957, junto con el certificado de defunción, se presenta también en el registro una escritura de compraventa otorgada por doña Tatiana, madre de doña Remedios, a favor de don Cesar, el 25 de septiembre de 1924, que se inscribe por la vía del art. 205 LH, treinta y tres años después, en 1957, junto con la siguiente y última inscripción, por sucesión, a favor de don Bernabé, de quien traen causa los actores. Así se genera la doble inmatriculación.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda. Considera que la inscripción a favor de don César es nula por fraude de ley (art. 6.4 CC) y contraria al artículo 205 LH: la inmatriculación se hizo a sabiendas de que la finca ya estaba inscrita eludiéndose la inscripción del título antecedente. (A. I. R. A.)

## DERECHO DE FAMILIA

**21. Matrimonio civil: nulidad por deficiencias psíquicas: consideraciones previas.**—Debido a la ausencia de la adecuada técnica casacional al entremezclarse cuestiones sustantivas con procesales y, sin haber impugnado por errónea la valoración de la prueba practicada, parte de hechos que da como probados y que el Tribunal no tiene por tales, provocando una evidente confusión a la hora de dar respuesta, y en aras de la tutela judicial efectiva y a lo delicado de la cuestión debatida, la sentencia establece unas consideraciones previas.

El Código Civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (art. 322), de forma que sólo por sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación se entenderá constituido este estado (arts. 199 CC, y 756 a 762 LEC). Esta presunción general admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio en el artículo 56, párrafo 2.º CC, si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías

psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento». Paso previo a exigir el referido dictamen es constatar por el encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica en alguno de los contrayentes. Y se exige tal dictamen en vez de negar sin más la capacidad, porque en el matrimonio se requiere, como en cualquier otro negocio jurídico, una real y válida voluntad no aquejada de vicios invalidantes, pero, sin embargo, la solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos, es excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyan por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer matrimonio. Tal solución se compeade con catalogar el derecho del matrimonio entre los derechos humanos y su protección constitucional (arts. 32 y 53 CE). Prueba de ello es la previsión contenida en el artículo 171, párrafo 2.º, núm. 4 CC, conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extingue por haber contraído matrimonio el incapacitado, de lo que se colige que la incapacitación judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio. De ahí, la importancia del dictamen médico si existe constancia o percepción de las deficiencias o anomalías psíquicas.

Se incurre en petición de principio o supuesto de la cuestión cuando la certeza de la proposición necesitada de prueba se incluye implícita o explícitamente como premisa para apoyar un motivo de casación: Por ello, para considerar infringido el artículo 56 CC sería preciso partir como hecho probado del conocimiento por el Encargado del Registro Civil de la deficiencia psíquica del contrayente.

Las reglas y principios de valoración de los distintos medios de prueba pueden ser sometidos al examen del Tribunal de casación al amparo del artículo 469.1.4 LEC cuando por ser manifiestamente arbitraria o ilógica, ésta no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE. A salvo este supuesto la valoración de la prueba es función de la instancia. Teniendo en cuenta que el recurso de casación viene limitado a una estricta función revisora del alcance y significado de los hechos probados, viene abocado al fracaso en aquellos supuestos, como el presente, en que sin combatir abiertamente la base fáctica de la sentencia recurrida se prescinde de ella y se desarrolla el recurso al margen de la misma.

**Convención de 2006.**—El extenso alegato que se hace en el recurso sobre las previsiones legales en materia de incapacitación, así como de la Convención de N. Y. ratificada por España y entrada en vigor en nuestra nación el 3 mayo 2008, no sólo no los desconoce la sentencia recurrida sino que hace expresa mención a ella, pero precisamente para reprochar a los actores —hermanos del presunto incapaz—, que, de ser ciertas las deficiencias de su hermano, no instaran medidas de apoyo y asistencia o, en su caso, de sustitución en la toma de decisiones encaminadas a la protección de su persona y patrimonio. La STS de 29 abril de 2009 ya declaró que la incapacitación es sólo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona. Las que se adoptan son medidas de apoyo que la Convención de 2006 no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la

sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad (11.º periodo de sesiones, 31 marzo a 11 de abril de 2014) sobre el contenido normativo del art. 12 de la Convención.

**Interpretación de los artículos 200 CC y 760.1 LEC.**—Consiguientemente, el artículo 200 CC, que regula las causas de incapacitación, es decir „las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma«, y el artículo 760.1 LEC, que regula la incapacitación judicial, deben ser interpretados bajo la consideración de que la persona con discapacidad „sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección«, en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectuales y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona, mediante la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad. Según la STS de 1 de julio de 2014, la curatela de los discapacitados se concibe en términos más flexibles que la tutela, desde que el artículo 289 CC declara que «tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido». El legislador está pensando en personas parcialmente discapacitadas, en las que la sentencia gradúa el alcance de la incapacitación, como sucede en este caso. En el Código Civil la curatela no se circunscribe la asistencia a la esfera patrimonial, por lo que podrán atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad. A la vista de esta doctrina que comparte la sentencia recurrida, echa en falta esta que si los parientes más cercanos del presunto incapaz consideraban que éste padecía una discapacidad psíquica permanente no se entiende que no lo sometiesen a curatela para la adopción de medidas de apoyo que su déficit requiriese e hiciese necesario.

**Desestimación del recurso.**—Con estas consideraciones previas el recurso de casación debe ser desestimado.

Se hace supuesto de la cuestión respecto a la infracción del artículo 56 CC, ya que no consta acreditado que el Encargado del Registro en su entrevista reservada percibiese esas deficiencias o anomalías psíquicas en el contrayente. Como tampoco lo advirtió el Notario que previamente había autorizado un poder o anteriormente el que intervino en la partición de las herencias de los padres.

En cuanto a la crítica a la valoración de las pruebas periciales, este recurso de casación no es el cauce adecuado, sin perjuicio de añadir que sus inferencias, bien motivadas en la sentencia de instancia, no son ilógicas, absurdas o arbitrarias. Y otro tanto puede decirse de la prueba de presunciones que detalladamente aparece recogida en cuanto a sus hechos base.

En cuanto a la reserva mental de la esposa demandada, a la hora de contraer matrimonio, el Tribunal de instancia no la considera probada, y no cabe

hacer supuesto de la cuestión. (STS de 29 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Eduardo Barrena Ruiz.]

HECHOS.—Parece reiterarse cierto arquetipo social representado por una familia acomodada compuesta, —en el caso—, por cuatro hijos varones. Fallecidos sus progenitores, no surge ningún problema entre ellos a la hora de repartir la herencia, pareciendo además que los negocios que realizan conjuntamente, bajo distintas fórmulas societarias, siguen prosperando. El conflicto surge cuando uno de los hermanos contrae matrimonio y fallece al poco sin descendencia. El trasfondo de este litigio es la liquidación de la herencia del hermano premuerto con su viuda, persona sin duda extraña o ajena al estricto grupo familiar empresarial antes descrito. Se interpone por dos de sus hermanos acción de nulidad del matrimonio contraído por aquel. Se alega que la declaración de incapacidad estaba mal vista a la sazón en los círculos sociales que frecuentaban, por lo cual no la intentaron en vida del hermano. Aportan un informe pericial médico emitido después del óbito, en base a dos entrevistas anteriores con el supuesto incapaz, según el cual es muy probable que, debido a su retraso mental leve (déficit cognitivo) y la estructura de su personalidad (trastorno ansioso-depresivo, dependencia e inmadurez social y emocional) no estuviera aquél capacitado para dar su consentimiento al matrimonio, contraído cuando estaba en la fase terminal de su enfermedad pulmonar. Las sentencias de instancia observan que dos de los hermanos son médicos psiquiatras y el tercero abogado en ejercicio, por lo que cabe presumir que conocían adecuadamente el alcance real de la supuesta enfermedad mental de su hermano y su adecuado eventual tratamiento jurídico, siendo —por lo demás— durante años contradictoria su conducta al respecto, con el referido informe, pues le trataron como plenamente capaz para intervenir normalmente en la vida de los negocios, incluso en un acto otorgado notarialmente la víspera de su muerte. Por otra parte el noviazgo y matrimonio del hermano fallecido fueron normales. La esposa había trabajado al servicio de los padres y luego en una empresa de su futuro esposo, mantuvieron relaciones sociales con otras parejas, e incluso viajaron solos a Madrid. Hay una carencia clamorosa de prueba de la supuesta enfermedad mental invalidante de su matrimonio, lo mismo que la supuesta reserva mental alegada *ad eventum*. Véase también la STS de 13 de mayo de 2015, sobre una improcedente incapacitación total, en este mismo ADC. (G. G. C.)

**22. Divorcio: atribución temporal del uso de la vivienda familiar: artículo 96 CC: interés del menor.**—Según STS de 17 de junio de 2013, el interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status si no similar sí

parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlo en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente, tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros.

El artículo 96 CC establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el Juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el artículo 233-20.1 CCcat). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril de 2011). Como reiteran las sentencias de 1 y 14 de abril y 21 de junio de 2011, aunque esta pudiera llegar a ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor.

La interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, no sólo se opone a lo que establece el artículo 96.1 CC, sino que se dicta con manifiesto y reiterado error y en contra de la doctrina de esta Sala, sin que concurra ninguno de los factores que eliminan el rigor de la norma (el carácter no familiar de la vivienda, o que el hijo no precise de la misma por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios). Nada de esto se produce en el presente caso en el que la vivienda tiene carácter familiar y no existe ninguna otra que permita dar cobertura a los intereses del hijo (salvo la que resulte de una hipotética venta de la actual y compra de una nueva que permita su alojamiento transcurrido unos años).

Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: *La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC. (STS de 18 de mayo de 2015; ha lugar.)* [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La madre, de 39 años, con estudios de selectividad, se encuentra en el paro aunque no se ha dado de alta en el INEM. Busca trabajo por horas. El padre trabaja para la Junta de C. y L. y tiene ingresos fijos por importe de 1.443 euros mensuales. De no realizarse la asignación de uso con carácter temporal, dadas las circunstancias actuales, entiende la sentencia recurrida que se estaría abocando al progenitor no custodio a una situación de precariedad económica para rehacer su vida en condiciones aceptables para su dignidad personal, habida cuenta que el hijo tardará nueve años en alcanzar la mayoría, y las pensiones que aquel debe abonar, así como el abono por mitad de los gastos extraordinarios y la contribución por mitad a las cuotas hipotecarias relativas a la vivienda.

NOTA.—El Ponente ha intervenido últimamente en casos similares, incluso procedentes de la misma Audiencia Provincial que patrocina la posibilidad de limitar temporalmente el uso de la vivienda familiar, manteniendo, no obstante las críticas recibidas, la misma doctrina con similar argumentación. En un caso parecido, puede verse extractada la STS de 17 de octubre de 2013, en ADC, 2015, pp. 1183-1185. En cambio, varían en el caso las circunstancias en las SSTs de 29 de marzo de 2011 y 3 de diciembre de 2013 (extractada ésta en ADC, pp. 1640-1641) porque el cónyuge custodio se traslada a otra vivienda de su propiedad que satisface adecuadamente las necesidades del hijo. (G. G. C.)

**23. Disolución de la sociedad de gananciales por separación de hecho.**—Tras la Ley 14/1975, de 2 de mayo, que posibilitó pactar la disolución del régimen de gananciales, y particularmente a partir de la reforma de 1981, que desarrolló el régimen de las causas de disolución en función de las diversas vicisitudes que pueden darse en la relación conyugal, el Tribunal Supremo ha ido procediendo paulatinamente a una interpretación flexible del artículo 1393.3 CC. A su juicio, con la libre separación de hecho, se quiebra el fundamento consorcial de la sociedad de gananciales. Por tanto, acreditada una ruptura seria y prolongada de la relación conyugal, no se exige, por innecesario, el requisito previo de la declaración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales. (**STS de 6 de mayo de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Doña I, don T (ambos hijos del finado) y doña B (esposa del causante) interpusieron demanda de solicitud de división judicial de la herencia del causante don TE frente a don E (hijo del fallecido). Éste se opuso a las operaciones particionales del contador partidor. Alega que sus padres estaban separados de hecho desde 1969, lo que supone la inexistencia de una sociedad de gananciales desde tal fecha, con la consecuencia de que los bienes atribuidos a doña B no tienen naturaleza ganancial, debiendo calificarse como privativos. La cuestión de fondo que se plantea es la interpretación del artículo 1393.3 CC, respecto del alcance de la separación de hecho de los cónyuges como causa de disolución del régimen de la sociedad de gananciales.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente las impugnaciones efectuadas por don E de las operaciones divisorias, señalando

que, aunque efectivamente estuvieran separados de hecho desde ese año, no hubo voluntad de disolver la sociedad de gananciales.

Ambas partes interpusieron sendos recursos de apelación, que fueron desestimados por la Audiencia Provincial. En cuanto al recurso interpuesto por don E, la Audiencia, tras afirmar la separación de hecho existente entre don TE y doña B, considera que si bien ya en 1969 don TE mantenía una relación extramatrimonial con doña M, no es hasta 1981 cuando existía una voluntad de vivir separados, dejando de ser un cese temporal o profesional de la convivencia. Añade que, no obstante, esa separación de hecho entre los cónyuges tenía un carácter eminentemente físico o personal, no existiendo una voluntad de poner fin a la sociedad de gananciales existente entre ellos, manteniéndose el vínculo económico. Ello viene apoyado en el hecho de otorgar testamento conjuntamente con posterioridad a la separación o la indicación en las adquisiciones realizadas con posterioridad a la separación de hecho de su condición de casado. Rechaza la Audiencia aplicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la extinción de la ganancialidad en caso de separación de hecho.

El demandado interpone recurso de casación, alegando que se ha vulnerado la doctrina del Alto Tribunal en relación al artículo 1393.3 CC, pues pese a considerar probada la existencia de una separación de hecho entre los cónyuges, la Audiencia no aplicó dicha doctrina. Considera el recurrente que los bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho entre los cónyuges no tienen la condición de gananciales, sino de privativos. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, en la medida en que entiende inaplicable la doctrina antes expuesta. Señala que a pesar de que existía una separación de hecho, no hay o no se constata, dada la prueba practicada, una voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal a estos efectos, bien por razones de índole económica, bien por razones afectivas.

NOTA.—El Tribunal Supremo ya había señalado en varias sentencias (ej.: de 24 de abril de 1999, de 23 de febrero de 2007 y de 21 de febrero de 2008) que la separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges, y, en consecuencia, los bienes adquiridos a costa del trabajo exclusivo de uno de los cónyuges separados debían tener la condición de privativos. En la presente sentencia, en cambio, el Alto Tribunal parece apartarse de esta doctrina, al indicar que, pese a haber separación de hecho, si la voluntad de los cónyuges no es la de romper la relación conyugal, deberán tenerse por gananciales los bienes que se adquieran producida dicha separación. (S. L. M.)

**24. Alcance de la presunción de paternidad en orden al régimen de la acción de impugnación de la filiación, bien afecte a la filiación matrimonial, o bien a la extramatrimonial, y plazos de ejercicio.**—Cuando quiebra el fundamento de la presunción legal de paternidad matrimonial (art. 116 CC), es decir, cuando quiebra la convivencia entre cónyuges (art. 69 CC), debido a una larga y continuada separación de hecho que precede al divorcio entre ambos, a

los hijos nacidos durante el período de separación de hecho no les resulta de aplicación el régimen de impugnación establecido para la filiación matrimonial ni, en consecuencia, el plazo establecido a tal efecto (art. 136 CC). En ese caso, resulta de aplicación el artículo 140 CC, que, tras la reforma operada por la Ley 11/1981, acoge la acción de impugnación de filiación determinada por la falta de adecuación con la realidad misma, con independencia del título de determinación y en estrecha conexión con la exigencia del principio de verdad biológica. Para los supuestos en los que falta posesión de estado la acción de impugnación de la filiación, tal y como se desprende del artículo 140 CC, es, además, imprescriptible. (**STS de 12 de mayo de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Del matrimonio formado por doña Luz y don Joaquín nacieron dos hijas, una de ellas ya fallecida. Tras ocho años de separación de hecho, se produce el divorcio en virtud de sentencia de 7 de junio de 1986, en la que únicamente se establecen medidas a favor de la hija supérstite. En 1995, ante el Juzgado de Primera Instancia se tramita un procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre acogimiento de una menor, Adela, siendo don Joaquín llamado para ser oído en calidad de padre de dicha menor, momento en que por primera vez tiene conocimiento de su existencia y de la filiación que se le atribuye. El nacimiento de Adela data de 1982: tras la separación de hecho, pero antes del divorcio. El 20 de octubre de 2010, don Joaquín formula demanda de impugnación de filiación no matrimonial sobre la base del artículo 140 CC. La prueba biológica lo excluye de la paternidad.

El Juzgado de Primera Instancia estima la pretensión declarando no existir posesión de estado y declara la falta de filiación. La parte demandada interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial estima, sin embargo, el recurso, porque declara que la acción ejercitada es errónea: la filiación era en realidad matrimonial, pues a la fecha del nacimiento no había tenido lugar el divorcio entre don Joaquín y doña Luz. Por este motivo, tiene la Audiencia por caducada la acción, esta vez la acción del artículo 136 CC. Frente a esta resolución, Don Joaquín interpone recurso de casación. (A. I. R. A.)

**25. Pensión de alimentos. Reclamación de los abonados a favor de quien se creía hijo, resultando después que no lo era en virtud del ejercicio de una acción de impugnación de la filiación matrimonial. Posición del Tribunal Supremo.**—El Tribunal Supremo no se ha pronunciado de forma expresa respecto de la cuestión relativa a qué acción es la procedente para reclamar los alimentos pagados por quien se creía progenitor y posteriormente resulta que no lo es, como tampoco sobre la retroactividad de los efectos de la sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial en cuanto a la obligación de devolver alimentos cuyo importe había sido fijado previamente en una sentencia de divorcio. Los supuestos en que se plantearon hechos similares trataron por lo común de casos en los que la acción no era discutida (SSTS de 22 de julio de 1999 y 14 de julio de 2010), lo que no acontece en el de autos. Frente a las corrientes que consideran que este tipo de asuntos debe encauzarse a través del instituto del cobro de lo indebido *ex*

artículo 1895 CC [SAP Cádiz (2.<sup>a</sup>) de 3 de abril de 2008; SAP León (1.<sup>a</sup>) de 2 de enero de 2007; SSAP Asturias (6.<sup>a</sup>) de 28 de septiembre de 2009 y 15 de octubre de 2010]; o bien mediante el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 CC [SSAP Valencia (7.<sup>a</sup>) de 5 de septiembre de 2007 y de 2 de noviembre de 2011; SAP Barcelona (1.<sup>a</sup>) de 16 de enero de 2007; SAP Baleares (3.<sup>a</sup>) de 20 de septiembre de 2006], la Sala estima que lo procedente es entender que, en tanto no se declare que el padre que lo era ha resultado no serlo, no es de aplicación el cobro de lo indebido pues hasta entonces los alimentos eran debidos; criterio que viene siendo seguido también en algunas audiencias [entre otras, SSAP Ciudad Real de 29 de febrero de 2012; SAP Toledo (2.<sup>a</sup>) de 7 de noviembre de 2002; SAP Granada (5.<sup>a</sup>) de 13 de junio de 2014].

**Acción de enriquecimiento injusto por cobro o pago de los alimentos que no se debían. Inaplicabilidad automática de los requisitos del cobro de lo indebido a estos casos.**—La razón de lo anterior estriba en que los requisitos exigibles para que nazca la obligación de restituir (pago efectivo con *animus solvendi*, error en quien hizo el pago e inexistencia de obligación y, por tanto, falta de causa del pago) no se pueden aplicar de manera automática en materia de alimentos, sin que pueda considerarse que cuando se abonaron no existía causa para su pago como tampoco que se actuó por error. En síntesis, la hija nacida constante el matrimonio e inscrita como tal recibe los alimentos como manifestación de la función de protección ligada inescindiblemente a la filiación —en tanto ésta no sufra cambios—; de manera que, mientras se abonaron, tan solo se cumplía con las obligaciones propias de la patria potestad (art. 154 CC). Razón por la cual los alimentos prestados no son susceptibles de ser devueltos, como tampoco lo son los demás efectos asociados a los derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras la filiación se mantenga. En suma, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica por la sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial. Este carácter no reembolsable de tales abonos tiene su origen en una antigua jurisprudencia que estableció que los alimentos no tienen efectos retroactivos (SSTS de 30 de junio de 1885, 26 de octubre de 1897 y 18 de abril de 1913). **(STS de 24 de abril de 2015; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El Sr. D. contrajo matrimonio con la Sra. N. en 1985. Debido a las dificultades para procrear, la esposa convenció al marido para que éste se sometiese a un sufrido y costoso tratamiento de fertilidad. En 1990 nació G., que fue inscrita como hija matrimonial de ambos. Los cónyuges procedieron a separarse de mutuo acuerdo en 2003, fijándose una pensión de alimentos a favor de la hija de 300 € mensuales. A esto le siguió el divorcio concedido judicialmente en 2005. Posteriormente, y ante las dudas de que la menor fuese hija suya, D. interpuso acción de impugnación de la paternidad que fue estimada en primera instancia en 2008 y confirmada después por la Audiencia Provincial en 2009. A raíz de esta declaración, en el año 2010 D. promovió demanda de reclamación de las cantidades correspondientes a los alimentos abonados desde el inicio del convenio regulador (diciembre de 2002) hasta la fecha en que se declaró la inexistencia de relación filial (marzo de 2009),

ejercitando para ello la acción de cobro de lo indebido. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda con base en que se trataba de una acción de enriquecimiento injusto cuyo plazo de prescripción era de quince años, en contra de la tesis de la demandada para quien se trataría de una mera responsabilidad extracontractual sometida al plazo más perentorio de un año y, por consiguiente, la acción estaría prescrita. La Audiencia Provincial de Cuenca estimó el recurso de apelación y consideró que había que incardinar la pretensión en el ámbito del artículo 1902 CC. El Tribunal Supremo no da lugar a la casación planteada por el actor, si bien por razones diferentes a las sostenidas en la sentencia impugnada. En este sentido, el Pleno del Tribunal Supremo consideró que, mientras no sea destruida la verdad legal de la filiación y sustituida por la verdad biológica, existe una obligación no reembolsable de alimentos legalmente impuesta a quien aparece como padre del menor.

NOTA.—La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo aborda un problema ciertamente complejo que viene presentándose cada vez con más frecuencia y que no ha recibido una respuesta unívoca de los tribunales: baste ver los distintos y contrapuestos criterios hasta ahora mantenidos por las audiencias provinciales. Muestra además del carácter discutible de la cuestión lo es la emisión de un voto particular, a cargo de los Excmos. Sres. D. Antonio Salas Carceller y D. Francisco Javier Orduña Moreno, en el que disienten del parecer de la mayoría y abogan por la viabilidad del principio de interdicción del enriquecimiento injusto mediante la aplicación de las reglas del cobro de lo indebido. A su parecer, la respuesta dada por sus compañeros de Sala estaría abordando el litigio como si la acción se ejercitara contra la menor, la cual estaría siempre exenta de la devolución; cuando lo cierto es que quien pretendidamente se habría enriquecido de forma indebida sería la madre y, eventualmente, el verdadero padre si algún día llegara a ser conocido, al beneficiarse inaceptablemente con el ahorro patrimonial que supone que una parte de los alimentos hayan sido pagados por quien no tenía el deber de hacerlo. Por esta razón la retroacción de efectos lo es en consideración a la menor, pero no respecto de la madre y de su responsabilidad en la falsa determinación inicial de la paternidad. Una solución como la defendida en el voto particular sería más conforme con el entendimiento de las reglas del Derecho de familia según la realidad social de nuestros tiempos. Se trata, en suma, de una sentencia que ha generado prontamente debates y comentarios en ciertos ámbitos doctrinales {entre otros, BERROCAL LANZAROT, A. I., *Reclamación de la pensión alimenticia tras declararse la inexistencia de relación filial*, RCDI núm. 754 (2016), pp. 935-967; DE LA IGLESIA MONJE, M. I. *Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral*, RCDI núm. 755 (2016), pp. 1553-1568; PANIZA FULLANA, A., *Derecho de familia y Derecho patrimonial: reclamación de alimentos abonados por quien resulta no ser el padre de la menor*, ACM, núm. 11 (2015), pp. 153-164; PÉREZ CONESA, C., *Impugnación de filiación matrimonial y reclamación de pensión de alimentos (STS de 24 de abril de 2015. Voto particular)*, ACM núm. 6 (2015), pp. 91-97}. (L. A. G. D.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**26. Derecho de sucesiones: improcedencia de la aplicación retroactiva del principio constitucional de no discriminación (arts. 14 y 9. 3 CC) respecto de relaciones sucesorias ya agotadas: Disposición Transitoria 8.<sup>a</sup> Ley de 13 de mayo de 1981.**—El contexto jurisprudencial, referido principalmente a las SSTs de 17 de marzo de 2005 y 31 de julio de 2007, ha sido objeto de especial atención en la reciente sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 2013. En esta sentencia, aparte de establecer los límites intrínsecos que presenta la interpretación integrativa en orden a crear una dispositiva atribuible al testador, se le da una respuesta técnica a la cuestión de fondo que plantea el recurrente acerca del criterio interpretativo que debe presidir el criterio consolidado o agotado de la situación sucesoria objeto de análisis.

En este sentido, y en contra de lo alegado por el recurrente, se precisa que este criterio de interpretación no se extrae directamente del ámbito de la aplicación retroactiva solicitada, que si bien refiere dicha consecuencia, no la define o configura, sino de la propia naturaleza que presenta el fenómeno sucesorio en cuestión; de ahí que no se pueda dar una respuesta apriorista de carácter general, sin atender a las peculiares circunstancias que presente la dinámica sucesoria del caso tomado por referencia.

A diferencia del caso resuelto por citada sentencia de 2013, en donde el instituto de la sustitución fideicomisaria determinaba un peculiar orden sucesivo y cronológico en el proceso adquisitivo de la herencia, en el presente supuesto la apertura de la sucesión se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, siendo de aplicación la Disposición Transitoria 8.<sup>a</sup> que al respecto establecía la reforma de 1981 del Código Civil. De igual modo debe tenerse en cuenta que los efectos adquisitivos de los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657 CC), momento en el que también se adquieren tras la correspondiente aceptación de la herencia (art. 989 CC). En el presente caso, tanto la sentencia de primera como de segunda instancia, consideran acreditado la inmediata aceptación tácita de la herencia por los beneficiarios de la misma, así como la respectiva posesión de los bienes hereditarios. Sin que puedan negarse estos efectos por no haberse practicado aún la partición de la herencia que, en modo alguno, condiciona o interrumpe el fenómeno transmisorio que encierra la sucesión. (STS de 29 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—Hay un voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena. Está generalizada doctrinalmente la opinión de que la igualación de filiaciones no es aplicable a sucesiones abiertas antes de promulgarse la Constitución Española de 1978 [últimamente por todos, CÁMARA LAPUENTE, en VVAA, «Curso de Derecho civil [V] Derecho de sucesiones» (Madrid, 2013) p. 35]. (G. G. C.)

**27. Incapacidad relativa para suceder: Prohibición del confesor: Doctrina jurisprudencial sobre el artículo 752 CC.**—Con carácter general, puede indicarse que el artículo 752 CC, bien en el marco de las prohibiciones de disponer testamentarias, o bien como causa de indignidad, responde a las

denominadas incapacidades relativas para suceder que en sede testamentaria pueden afectar a unas determinadas personas por su peculiar o especial relación con el testador, han podido influir en su concreta declaración de voluntad contenida en el testamento que es objeto de impugnación. Su finalidad es preservar la voluntad realmente querida por el testador (*voluntas testandi*) de posibles e ilícitas captaciones de la misma. En orden a las directrices de interpretación del precepto conviene destacar la doctrina jurisprudencial de esta Sala contenida en la STS de 28 de abril de 2015 que, a propósito de la interpretación normativa, señala el carácter instrumental que presenta la interpretación literal, de forma que no debe valorarse como un fin en sí misma, pues la atribución del sentido y alcance sigue estando o responde también a la propia finalidad y función que informa la norma.

La valoración de esta causa de incapacidad relativa no escapa de la debida interpretación flexible conforme a la realidad social y a los valores del momento en que se produce. De ahí que en la actualidad la obligada interpretación constitucional extiende su aplicación a los sacerdotes de cualquier otra confesión religiosa. Conforme a la necesaria interpretación sistemática tampoco escapa a su debida ponderación por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido, no solo como mero canon interpretativo, sino también como principio general de derecho, con una clara proyección en el Derecho sucesorio en relación a la voluntad manifestada por el testador (*favor testamenti*), tal como expresaron las STS de 30 de octubre de 2012 y 15 de enero de 2013). Tampoco puede sustentarse una interpretación en clave literal o dogmática que desnaturalice la *ratio* y función que informa el precepto, especialmente respecto de sus presupuestos básicos de aplicación. Así debe descartarse la aplicación que aplica automáticamente el precepto sin posibilidad de prueba en contrario. Debe precisarse la importancia del momento temporal en la dinámica aplicativa, pues la incapacidad relativa no puede afectar a los beneficiarios de un testamento anterior a la confesión, y el periodo sospechoso de la posible captación de voluntad debe enmarcarse en la última enfermedad grave del testador, en donde en peligro de su vida se confesó y otorgó el respectivo testamento; quedando fuera de este periodo sospechoso, en principio, aquellos testamentos otorgados durante los trastornos leves o enfermedades crónicas que pudieran afectar al testador.

Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta la interpretación que el recurso ofrece del artículo 752 no puede ser estimada. Ha resultado acreditado que la testadora falleció en pleno uso de sus facultades mentales, pudiendo haber realizado cualquier modificación de su última declaración testamentaria, como así hizo cuando realmente quiso, sino también que el favorecer a su iglesia como beneficiaria del testamento fue una constante a lo largo de su vida. Pero sobre todo, y de manera determinante, porque en el presente caso no se da la necesaria conexión temporal establecida en la doctrina jurisprudencial en la dinámica de aplicación del precepto. El momento de otorgamiento del testamento no se corresponde con el padecimiento de la última enfermedad grave de la testadora, sino con una dolencia crónica de problemas cardíacos que venía arrastrando la testadora hacía más de diez años, resultando la causa de la muerte año y medio después de dicho otorgamiento de una complicada operación de cadera, agravados por la edad de la paciente y por sus ya citados problemas cardíacos.

**Inaplicación del artículo 884 CC.**—En el caso no se discute la interpretación y alcance de la aplicación del artículo 884 CC (frutos e intereses debidos por el legado de cantidad), sino el derecho que asiste a la parte deman-

dada reconviniente a ser indemnizada por los perjuicios derivados del retraso injustificado en la entrega del legado. Retraso injustificado que ha sido acreditado a tenor de la interpretación del artículo 752, y que no puede ampararse, con claro abuso de derecho, en la actuación del albacea testamentario, siendo indudable que el procedimiento respondió al propio interés del mismo como heredero de la herencia y beneficiario de la misma, que no se corresponde con la función del albacea como ejecutor de la voluntad testamentaria. (STS de 19 de mayo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Sentencia didáctica encaminada a delimitar el campo de actuación de la llamada anteriormente *prohibición de confesores*. Bajo esta perspectiva procede valorarla positivamente. Sin embargo esta incapacidad relativa para heredar es hoy objeto de debate doctrinal. Lacruz, y Rams su continuador, parecen fijarse en defectos de técnica jurídica al entender que el artículo 752 CC parece «bien intencionado pero mal concebido» (*Elementos*, V, 3.<sup>a</sup> ed. de Dykinson, Madrid 2007, p. 63). No resulta extraño que Martínez de Aguirre, siguiendo a Silvia Díaz Alabart, postule su expresa eliminación como tal del Código Civil (en *Curso de Derecho civil [V] Derecho de sucesiones*, Madrid, 2013, pp. 85 ss.). Fijándonos en la situación del testador protegido, cabría incluso mencionar aquí el sugerente trabajo de VAQUER ALOY, *La protección del testador vulnerable*, ADC, 2015, pp. 327 ss, pues parece que tal es la *ratio* de nuestro artículo 752. Desgraciadamente en la exhaustiva lista que cita del norteamericano Peisha, no se encuentra ningún caso similar al contemplado en nuestro Código Civil (*loc. cit.* pp. 329-331), sin que ayude la concepción personal del autor de aquella situación como un supuesto de *dolus bonus* (atenciones, mimos, lisonjas, especiales cuidados que una persona dispensa a otra para que la misma dirija a su favor la disposición patrimonial *mortis causa* (*id.* p. 328). (G. G. C.)

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXIX, 2016

## FASCÍCULO I enero-marzo

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
Pedro DEL OLMO GARCÍA: «Enriquecimiento injusto y pago de un tercero en la tradición del <i>common law</i> : PICC, PECL, DCFR, CESL» .....	5
Alfons SURROCA COSTA: «La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas» .....	99
Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ: «Naturaleza jurídica de la venta judicial a la luz de la doctrina italiana y española» .....	153
Bibliografía	
<b>LIBROS</b>	
AZOFRA VEGAS, Fernando: «La hipoteca flotante», por Ángel Valero Fernández-Reyes .....	221
BASOZÁBAL ARRUE, Xabier: «Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general», por Ricardo de Ángel Yagüez .....	228
CASTRESANA, Amelia (coord.): «Defectos en el cumplimiento de la prestación: Derecho romano y Derecho privado europeo», por Francisco J. Andrés Santos .....	233
LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «Derecho civil constitucional», por Antonio Pau Pedrón .....	240
<b>REVISTAS ESPAÑOLAS</b>	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE .....	245
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
<b>SENTENCIAS</b>	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CAN-	

TERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Gemma MINERO ALE- JANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Isué VARGAS BRAND .....	295
---	-----

## FASCÍCULO II abril-junio

### Estudios monográficos

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ: «De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado» .....	345
Julio CARBAJO GONZÁLEZ: «La reforma de la filiación en Italia (A pro- pósito de la Ley núm. 219, de 10 de diciembre de 2012, sobre reconoci- miento de los hijos naturales)» .....	407
Alberto MUÑOZ FERNÁNDEZ: «Nuevas perspectivas en la calificación como contractual o extracontractual de las acciones de responsabilidad en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado» .....	437
Pedro F. SILVA-RUIZ: «Compraventa: la “Propuesta de Reglamento del Par- lamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de com- praventa europea” y la “Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”. Propuestas de Directivas» .....	477

### Vida jurídica

#### **La situación de la hipoteca en España. Recientes reformas legales y novedades jurisprudenciales**

Francisco MARÍN CASTÁN: «La difícil tarea de la jurisprudencia cuando fracasa la ley» .....	495
Juan María DÍAZ FRAILE: «Presente y futuro de la hipoteca como instru- mento de fomento del crédito en el contexto del Derecho Comunitario (un proceso de reformas inacabado)» .....	501

### Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

Por Marta OTERO CRESPO .....	525
------------------------------	-----

### Bibliografía

#### **LIBROS**

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «La hipoteca flotante y su régimen», por Héctor Simón Moreno .....	607
KÖTZ, Hein: «Europäisches Vertragsrecht», por Bruno Rodríguez-Rosado .	610
MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «Subasta judicial y transmisión de la propiedad», por Rocío Diéguez Oliva .....	613

**REVISTAS EXTRANJERAS**

- Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Alma M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN ..... 617

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**SENTENCIAS**

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Isué VARGAS BRAND ..... 653

### **FASCÍCULO III** **julio-septiembre**

## Estudios monográficos

- Eric SAVAUX: «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos» ..... 715  
 M.<sup>a</sup> Paz GARCÍA RUBIO: «Sociedad líquida y codificación» ..... 743  
 Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ: «El inadecuado régimen urbanístico del derecho de superficie» ..... 781  
 Alfredo FERRANTE: «Obligación y garantía: la cripto-naturaleza de los remedios contractuales y de su jerarquía en el actual panorama jurídico».. 865  
 Juan Ignacio PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA: «Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código civil español» .... 925  
 Vitulia IVONE: «El equilibrio “normativo” del consumidor entre las tutelas consolidadas y los nuevos derechos» ..... 951

## Vida jurídica

- Antonio PAU PEDRÓN: «El nuevo régimen jurídico de la Comisión General de Codificación» ..... 977  
 Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA: «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación» ..... 991

## Bibliografía

**LIBROS**

- A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO  
 DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés/GARCÍA RUBIO, María Paz (Dirs.), HERRERO OVIEDO, Margarita (Coord.): «Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García», por Carles Enric Florensa i Tomàs ..... 1039

	Pág.
MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis/ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia (Coord.): «Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil», por Esther Gómez Calle .....	1047
TENA PIAZUELO, Isaac: «La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda (Doctrina y jurisprudencia)», por Gabriel García Cantero .....	1060
<b>REVISTAS ESPAÑOLAS</b>	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE .....	1067
<b>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</b>	
<b>SENTENCIAS COMENTADAS</b>	
Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ: «Resolución por retraso. A propósito de la STS de 25 de mayo de 2016 (348/2016) (Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto)» .....	1097
<b>SENTENCIAS</b>	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Isué VARGAS BRAND .....	1135
 <b>FASCÍCULO IV</b> <b>octubre-diciembre</b>  	
<b>Estudios monográficos</b>	
Jaime ALCALDE SILVA: «La eficacia de la reserva de dominio en el Derecho chileno» .....	1195
Patricia ESCRIBANO TORTAJADA: «Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida <i>post mortem</i> en la actualidad» .....	1259
Javier FAJARDO FERNÁNDEZ: «Arrendamientos con prórroga convencional» .....	1321
Luis HERNANDO CEBRIÁ: «La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones» .....	1385
<b>Vida jurídica</b>	
Junta Directiva de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano/María de los Ángeles Parra Lucán/María Nélida Tur Faúndez/José Ramón García Vicente/María del Pilar Álvarez Olalla): «Una Propuesta de Código civil» .....	1427
Raquel GUILLÉN CATALÁN: «Nuevos Retos Jurídicos de la Sociedad Digital: Propiedad, contratos, datos y registros electrónicos, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2016, dirs. Luz María Martínez Velencoso/Javier Plaza Penadés» .....	1439

## Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

Por Marta OTERO CRESPO .....	1445
------------------------------	------

## Bibliografía

**LIBROS**

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO

ANGULO RODRÍGUEZ, Javier de: «La modernización de los Registros», por Íñigo Mateo y Villa .....	1501
BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel, «La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual», por Antonio Cabanillas Sánchez .....	1509
ELIZALDE IBARBIA, Francisco: «El contenido del contrato», por Antonio Ismael Ruiz Arranz .....	1511
GREGORACI, Beatriz: «Cláusula resolutoria y control del incumplimien- to», por María Jesús Monfort Ferrero.....	1518

**REVISTAS EXTRANJERAS**

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROME- RO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Alma M.ª RODRÍGUEZ GUITIÁN .....	1523
--	------

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

**SENTENCIAS**

A cargo de: Ramón CASAS VALLÉS, Agustín SERRANO DE HARO, Roberto SIERRA GABARDA, Carles VENDRELL CERVANTES .....	1553
---	------

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**SENTENCIAS**

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CAN- TERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Isué VAR- GAS BRAND .....	1597
--	------

